

المُعْتَمِدُ لَا بِنَ قَدَامَةٍ

تأليف
أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م
المتوفى ٦٢٠ هـ - ١٢٢٣ م

على مختصر
أبي القاسم عمر بن حنبل بن عبد الله بن أحمد الخزاز
المتوفى ٣٣٤ هـ

مع تحقيق فضيلة الدكتور

طه محمد الزبي

الأستاذ بالأزهر

الجزء الثامن

الناشر
مكتبة القهلا
لصاحبها على يوسف سليمان
بشارع الصارفة، بجبل القهلا، الأزهر
مصر ٩٤٦

١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م

مطبعة الفجر الجديدة
٣٨ شارع القويسني بالظاهر - القاهرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الظهار

الظهار : مشفق من الظهر ، وإنما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الأعضاء ، لأن كل مكرّب يُسمّى ظهراً لحصول الركوب على ظهره في الأغلب ، فشبهوا الزوجة بذلك ، وهو محرم . لقول الله تعالى (وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا)^(١) ومعناه أن الزوجة ليست كالأم في التحريم ، قال الله تعالى (مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ)^(٢) وقال تعالى (وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ)^(٣) والأصل في الظهار الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى (الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ)^(٤) والآية التي بعدها^(٥) . وأما السنة فروى أبو داود بإسناده ، عن خويلد بنت مالك ابن ثعلبة . قالت « تَظَاهَرْتُ »^(٦) مِثِّي أَوْسُ بْنُ الصَّامِتِ فَجِئْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَشْكُو وَرَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُجَادِلُنِي فِيهِ وَيَقُولُ : اتَّقِيَ اللَّهَ فَإِنَّهُ ابْنُ عَمِّكَ . فَمَا بَرِحْتُ حَتَّى نَزَلَ الْقُرْآنُ (قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا)^(٧) فقال : يعتق رقبة . فقلت : لا يجِدُ ، قال : فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، فقلت : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ ، مَا يَدُ مِنْ صِيَامٍ ، قال : فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا . قلت : مَا عِنْدَهُ مِنْ شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ ، قال : فَأَتَى سَاعِيْنَهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ ، فقلت يَا رَسُولَ اللَّهِ فَأَتَى أَعِيْنَهُ بِعَرَقٍ آخَرَ . قال : قَدْ أَحْسَنْتِ ، اذْهَبِي فَاطْعِمِي عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِينًا وَارْجِعِي إِلَى ابْنِ عَمِّكَ » قال الأصمعي - العرق - بفتح العين والراء ، هو ما سُفَّ^(٨) من خوص ، كالزنبيل الكبير ، وروى أيضاً بإسناده عن سليمان بن يسار ، عن سلمة بن صخر البياضي قال : « كُنْتُ أُصِيبُ مِنَ النِّسَاءِ مَا لَا يُصِيبُ غَيْرِي ، فَلَمَّا دَخَلَ شَهْرُ رَمَضَانَ خِفْتُ أَنْ أُصِيبَ مِنْ أَمْرٍ أُنِي شَيْئًا يَتَّبَعُ حَتَّى أُصِيبَ فَظَاهَرْتُ مِنْهَا حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ ، فَبَيْنَا هِيَ تَحْدُثُنِي ذَاتَ لَيْلَةٍ إِذْ تَكَشَّفَ لِي مِنْهَا شَيْءٌ ، فَلَمْ أَلْبَثْ أَنْ نَزَوْتُ عَلَيْهَا ، فَلَمَّا أَصْبَحْتُ خَرَجْتُ إِلَى قَوْمِي فَأَخْبَرْتُهُمُ الْخَبْرَ ، وَقُلْتُ : امْشُوا مَعِيَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَالُوا : لَا وَاللَّهِ ، قَانِطَلَعْتُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرْتُهُ الْخَبْرَ

(١ ، ٢ ، ٤) بعض الآية ٢ من سورة المجادلة (٣) بعض الآية ٤ من سورة الاحزاب

(٥) الآية ٢ من سورة المجادلة . (٦) تظاهر : يعني ظاهر ، يقال ظاهر وتظهر بتشديد الهاء

وتظاهر إذا أتى بصيغة الظاهر وهي قوله (أنت على كظهر أمي) (٧) الآية الأولى من سورة المجادلة

(٨) ماسف : أي مانسج من الخوص فيعمل منه قفة أو نحوها ويقال : سف الخوص وأسفه بمعنى نسجه

فقال : أنتِ بِذَاكَ يَا سَلَمَةُ ؟ فقلتُ : أَنَا بِذَاكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، وَأَنَا صَابِرَةٌ لِحُكْمِ اللَّهِ فَاحْكُمْ فِي مَا أَرَاكَ اللَّهُ : قال : حَرِّزْ رَقَبَةً ، قلتُ : وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ مَا أَمْلِكُ رَقَبَةً غَيْرَهَا وَضَرَبْتُ صَفْحَةَ رَقَبَتِي ، قال : صُمْ شَهْرَيْنِ مُقْتَابِعَيْنِ : قلتُ : وَهَلْ أَصَبْتُ الَّذِي أَصَبْتُ إِلَّا مِنَ الصَّيَّامِ ؟ قال : فَأَطْعِمِ وَسْقًا^(١) مِنْ تَمْرٍ بَيْنَ سِتَّتَيْنِ مِائَتَيْنِ . قلتُ : وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ قَدْ بَدَّنَا وَحَشَيْنِ^(٢) مَا لَنَا طَعَامٌ . قال : فَاذْطَلِقِي إِلَى صَاحِبِ صَدَقَةٍ بَنِي زُرَيْقٍ فَلْيَدْفَعْهَا إِلَيْكَ ، قال : فَأَطْعِمِ سِتَّتَيْنِ مِائَتَيْنِ وَسْقًا مِنْ تَمْرٍ ، وَكُلْ أَنْتَ وَعِيَالُكَ بِقِيَّتِهَا . فَرَجَعْتُ إِلَى قَوْمِي فَقُلْتُ : وَجَدْتُ عِنْدَكُمْ الضُّيْقَ وَسُوءَ الرَّأْيِ وَوَجَدْتُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ السَّعَةَ وَحُسْنَ الرَّأْيِ ، وَقَدْ أَمَرَ لِي بِصَدَقَتَيْكُمْ . »

فصل

٦١٦٠

وكل زوج صحّ طلاقه صحّ ظهاره ، وهو البالغ العاقل ، سواء كان مُسْلِمًا أو كَافِرًا ، حرًّا أو عَبْدًا . قال أبو بكر : وظهار السكران مبنًى على طلاقه . قال القاضي : وكذلك ظهار الصبي مبنًى على طلاقه ، والصحيح أن ظهار الصبي غير صحيح ، لأنها يمين موجبة للكفارة ، فلم تنفقد منه ، كاليمين بالله تعالى ، ولأن الكفارة وَجِبَتْ لَهَا فِيهِ مِنْ قَوْلِ الْمُسْكِرِ ، وَالزَّوْر ، وَذَلِكَ مَرْفُوعٌ عَنِ الصَّبِيِّ ، لَكُنْ الْقَلَمُ مَرْفُوعًا عَنْهُ . وقد قيل : لا يصح ظهار العبد ، لأن الله تعالى قال (فَتَحْزِرُ رَقَبَةً) والعبد لا يملك الرقاب . ولذا : عموم الآية ، ولأنه يصح طلاقه ، فصحّ ظهاره ، كالحرّ . فأما إيجاب الرقبة فإنما هو على من يجدها ، ولا يبقى الظهار في حق من لا يجدها ، كالمرسر ، فرضه الصيام ، ويصحّ ظهار الذمي . وبه قال الشافعي ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يصحّ منه ، لأن الكفارة لا تصحّ منه ، وهي الرافعة للتحرّيم ، فلا يصحّ منه التحريم . ودليل أن الكفارة لا تصحّ منه أنها عبادة تفقّر إلى النية ، فلا تصحّ منه ، كسائر العبادات .

ولنا : أن من صحّ طلاقه صحّ ظهاره ، كالمرسر . فأما ما ذكروه فيبطل بكفارة الصيد ، إذا قتله في الحرم ، وكذلك الحدّ يقام عليه . ولا نسلم أن التكفير لا يصحّ منه ، فإنه يصحّ منه العتق والإطعام وإنما لا يصحّ منه الصوم ، فلا تمتنع صحّة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما في حقّ العبد ، والنية إنما تُعتبر لتعيين الفعل للكفارة ، فلا يمتنع ذلك في حقّ الكافر ، كالنية في كفايات الطلاق ، ومن يخفق في الأحيان يصحّ ظهاره في إفاقة ، كما يصحّ طلاقه فيه .

(١) الوسق : ستون صاعاً أو حمل بعير .

(٢) وحشين : ثنية وحش بفتح الواو وسكون الحاء وهو الجائع الذي لا يجد طعاماً ، ويقال أوحش الرجل إذا جاع .

فصل

٦١٦١

ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره ، كالطفل ، والزائل العقل مجنون ، أو إمعاء ، أو نوم ، أو غيره ، لا أعلم في هذا خلافاً ، وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا يصح ظهار المكروه ، وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال أبو يوسف : يصح ظهاره . والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه وقد مضى ذلك .

فصل

٦١٦٢

ويصح الظهار من كل زوجة ، كبيرة كانت ، أو صغيرة ، مسلمة كانت ، أو ذمية ، ممكنا وطوها ، أو غير ممكن ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وقال أبو ثور : لا يصح الظهار من التي لا يمكن وطوها ، لأنه لا يمكن وطوها والظهار لتحريم وطها .

ولنا : عموم الآية ، ولأنها زوجة يصح طلاقها ، فصح الظهار منها ، كغيرها .

مسألة

٦١٦٣

قال ﴿ وإذا قال لزوجته : أنت علي كظهر أمي ، أو كظهر امرأة أجنبية ، أو أنت علي حرام ، أو حرّم عضواً من أعضائها ، فلا يطؤها حتى يأتي بالكفارة ﴾ .
في هذه المسألة فصول خمسة .

أحدها

٦١٦٤

أنه متى شبه امرأته بمن تحرّم عليه على التأييد ، فقال : أنت علي كظهر أمي ، أو أختي ، أو غيرها ، فهو مظاهر ، وهذا على ثلاثة أضرب .

﴿ أحدها ﴾ أن يقول : أنت علي كظهر أمي ، فهذا ظهار لإجماعاً ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن صريح الظهار أن يقول : أنت علي كظهر أمي ، وفي حديث خولة امرأة أوس بن الصامت أنه قال لها « أنت علي كظهر أمي ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمره بالكفارة » .
﴿ الضرب الثاني ﴾ أن يشبها بظهر من تحرّم عليه من ذوى رحمه ، كجدته ، وعمته ، وخالته ، وأخوته . فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم ، منهم الحسن ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والشعبي ، والنخعي ، والزهرى ، والثوري ، والأوزاعي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وهو جديد قول الشافعي . وقال في القديم : لا يكون الظهار إلا بأم ، أو جدة ، لأنها أم أيضاً ، لأن اللفظ الذي ورد به القرآن يختص بالأم ، فإذا عدل عنه لم يتعلق به ما أوجبه الله تعالى فيه .

ولنا : أنهن محرمات بالقرابة ، فأشبهن الأم . فأما الآية ، فقد قال فيها (وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا

مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً) وهذا موجود في مسألتنا ، فخرى مجراه ، وتعلق الحكم بالأثم لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها ، إذا كانت مثلها .

(الضرب الثالث) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب ، كالأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة ، وحلائل الآباء ، والأبناء ، وأمهات النساء ، والربائب ، اللاتي دخل بآمن ، فهو ظهار أيضاً ، والخلاف فيها كالتي قبلها . ووجه المذهبين ما تقدم ، ويزيد في الأمهات المرضعات دخولها في عموم الأمهات ، فتسكون داخلة في النص ، وسائرهن في معناها ، فثبت فيهن حكمها .

الفصل الثاني

٦١٦٥

إذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً ، كأخت امرأته ، وعمتها ، أو الأجنبية ، فمن أحد فيه روايتان .

(إحداها) أنه ظهار ، وهو اختيار الخرقي ، وقول أصحاب مالك .

(والثانية) ليس بظهار ، وهو مذهب الشافعي ، لأنها غير محرمة على التأبيد ، فلا يكون التشبيه بها ظهاراً ، كالحائض ، والمحرمة من نسائه ، ووجه الأولى أنه شبهها بمحرمة ، فأشبهه ما لو شبهها بالأثم ولأن مجرد قوله : أنت علي حرام ، ظهار ، إذا نوى به الظهار ، والتشبيه بالمحرمة تحريم ، فكان ظهاراً ، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج ، والمحرمة يحل له النظر إليها ، ولسها من غير شهوة ، وليس في وطء واحدة منهما حد ، بخلاف مسألتنا ، واختار أبو بكر : أن الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء ، قال : فبهذا أقول .

فصل

٦١٦٦

وإن شبهها بظهر أبيه ، أو بظهر غيره من الرجال ، أو قال : أنت علي كظهر البهيمة ، أو أنت علي كالتيقة ، والدم ، ففي ذلك كله روايتان .

(إحداها) أنه ظهار ، قال الميموني : قلت لأحمد : إن ظاهر من ظهر الرجل ؟ قال : فظهر الرجل حرام يسكون ظهاراً ، وبهذا قال ابن القاسم ، صاحب مالك ، فيما إذا قال : أنت علي كظهر أبي ، ورؤي ذلك عن جابر بن زيد .

(والرواية الثانية) : ليس بظهار ، وهو قول أكثر العلماء ، لأنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع . أشبهه ما لو قال : أنت علي كال زيد ، وهل فيه كفارة ؟ على روايتين : (إحداها) فيه كفارة ، لأنه نوع تحريم ، فأشبهه ما لو حرّم ماله .

(والثانية) ليس فيه شيء ، نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل : لا يكون

ظهاراً ، ولم أره يلزمه فيه شيء ، وذلك لأنه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع ، أشبه التشبيه بمال غيره ، وقال أبو الخطاب في قوله : أنتِ على كالميتة ، والدم : إن نوى به الطلاق كان طلاقاً ، وإن نوى الظهار كان ظهاراً ، وإن نوى اليمين كان يميناً ، وإن لم ينو شيئاً ، ففيه روايتان :

(إحداهما) هو ظهار .

(والأخرى) هو يمين ، ولم يتحقق عندي معنى لإرادته الظهار ، واليمين ، والله أعلم .

فصل

٦١٦٧

فإن قال : أنتِ عندي ، أو مَنِّي ، أو معي كظهر أمي ، كان ظهاراً ، بمنزلة عليٍّ ، لأن هذه الألفاظ في معناه ، وإن قال : جُملتُك ، أو بدَنُك ، أو جِسْمُك ، أو ذاتُك ، أو كُلكِ عليٍّ كظهر أمي كان ظهاراً ، لأنه أشار إليها ، فهو كقوله : أنت ، وإن قال : أنتِ كظهر أمي كان ظهاراً ، لأنه أتى بما يقتضي تحريمها عليه ، فانصرف الحكم إليه ، كما لو قال : أنتِ طالق ، وقال بعضُ الشافعية : ليس ليس بظهار ، لأنه فيه ما يدل على أن ذلك في حقه ، وليس بصحيح ، فإنها إذا كانت كظهر أمه فظهر أمه محرّم عليه .

فصل

٦١٦٨

وإن قال : أنتِ عليٍّ كأمي ، أو مثلُ أمي ، ونوى به الظهار فهو ظهار ، في قول عامة العلماء ، منهم أبو حنيفة ، وصاحبه ، والشافعي ، وإسحاق ، وإن نوى به الكرامة ، والتوقير ، أو أنها مثلها في الكبر ، أو الصفة ، فليس بظهار ، والقولُ قوله في نيّته ، وإن أطلق فقال أبو بكر : هو صريح في الظهار ، وهو قول مالك ، ومحمد بن الحسن ، وقال ابن أبي موسى : فيه روايتان : أظهرها أنه ليس بظهار ، حتى ينويه ، وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي ، لأن هذا اللفظ يستعمل في الكرامة ، أكثر مما يستعمل في التحريم ، فلم ينصرف إليه بغير نية ، ككفائيات الطلاق .

ووجه الأول : أنه شبه امرأته بجُملة أمه ، فكان مُشَبَّهاً لها بظهرها ، فيثبتُ الظهار ، كما لو شبهها به منفرداً ، والذي بصحّ عندي في قياس المذهب : أنه إن وُجدت قرينة تدل على الظهار ، مثل أن يُخرجه تخرج الخلف ، فيقول : إن فعلتِ كذا فأنتِ عليٍّ مثلُ أمي ، أو قال ذلك حال الخصومة ، والغضب فهو ظهار ، لأنه إذا خرج مخرج الخلف فالخلف يُراد للامتناع من شيء ، أو الخُثُّ عليه ، وإنما يحصل ذلك بتحريمها عليه ، ولأن كونها مثلُ أمه في صفتها ، أو كرامتها ، لا يتعلق على شرط فيدل على أنه إنما أراد الظهار ، ووقوع ذلك في حال الخصومة ، والغضب ، دليل على أنه أراد به ما يتعلق بأذاها ، ويوجب اجتنابها ، وهو الظهار ، وإن عُدِم هذا فليس بظهار ، لأنه محتملٌ لغير الظهار احتمالاً كثيراً ،

فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل . ونحو هذا قول أبي ثور ، وهكذا لو قال : أنتِ على كأمي ، أو مثل أمي ، أو قال : أنتِ أمي ، أو امرأتى أمي ، مع الدليل الصارف له إلى الظهار كان ظهاراً ، إما بنية ، أو ما يقوم مقامها ، وإن قال : أمي امرأتى ، أو مثل امرأتى ، لم يكن ظهاراً ، لأنه تشبيه لأمه ، ووصف لها ، وليس بوصف لامراته .

٦١٦٩ الفصل الثالث

أنه إذا قال : أنتِ على حرام . فإن نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامةهم . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي ، وإن نوى به الطلاق فقد ذكرناه في باب الطلاق ، وإن أطلق ففيه روايتان : (إحداهما) هو ظهار ، ذكره الحرقي في موضع آخر ، ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه ، وذكره إبراهيم الحربي عن عثمان ، وابن عباس ، وأبي قلابة ، وسميد بن جبير ، وميمون بن مهران ، والبتي : أنهم قالوا : الحرام ظهار ، ورؤي عن أحمد ما يدل على أن التحريم يمين ، ورؤي عن ابن عباس أنه قال : إن التحريم يمين في كتاب الله عز وجل ، قال الله عز وجل : (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ)^(١) ثم قال : (قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ)^(٢) وأكثروا الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظهار ليس بظهار . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، ووجه ذلك الآية المذكورة ، وأن التحريم ينشأ عنه ما هو بظهار ، وبطلاق ، وبحيض ، وإحرام وصيام ، فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ، ولا ينصرف إليه بغير نية ، كما لا ينصرف إلى تحريم الطلاق .

ووجه الأول أنه تحريم أوقعه في امرأته ، فكان بإطلاقه ظهاراً ، كتشبيهها بظهر أمة ، وقولهم : إن التحريم ينشأ عنه . قلنا : إلا أن تلك الأنواع مُنتفية ، ولا يحصل بقوله منها إلا الطلاق ، وهذا أولى منه ، لأن الطلاق تبين به المرأة ، وهذا يُحرّمها مع بقاء الزوجية ، فكان أدنى للتحريمين ، فكان أولى .

فأما إن قال ذلك لحرمة عليه بحيض ، أو نحوه ، وقصد الظهار فهو ظهار ، وإن قصد أنها محرمة عليه بذلك السبب فلا شيء فيه . فإن أطلق فليس بظهار ، لأنه يحتمل الخبر عن حالها ، ويحتمل إنشاء التحريم فيها بالظهار ، فلا يتعين أحدهما بغير تعيين .

٦١٧٠ فصل

فإن قال : الحل على حرام ، أو ما أحل الله على حرام ، أو ما أنقلب إليه حرام ، وله امرأة ، فهو مظاهر ، نص عليه أحمد في الصور الثلاث . وذلك لأن لفظه يقتضي العموم ، فيتناول المرأة بعمومه . وإن صرح بتحريم المرأة ، أو نواها ، فهو آكد ، قال أحمد فيمن قال : ما أحل الله على حرام من أهل ،

(١) الآية الأولى من سورة التحريم (٢) بعض الآية ٢ من سورة التحريم .

ومال : عليه كفارة الظَّهَار ، هو يمين . وتُجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد هذا ، واختار ابن عقيل : أنه يلزمه كفارتان للظَّهَار ، ولتحريم المال ، لأن التحريم تناولها ، وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة ، فكذلك إذا اجتمعا .

ولنا : أنها يمين واحدة ، فلا توجب كفارتين ، كما لو ظاهر من امرأتين ، أو حرّم من ماله شيئين وما ذكره ينتقض بهذا ، وفي قول أحد : هو يمين ، إشارة إلى التعليل بما ذكرناه ، لأن اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة ، وإن نوى بقوله : ما أحلّ الله على حرام ، وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه إلا كفارة يمين ، لأن اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص . وعلى الرواية الأخرى التي تقول : إن الحرام بإطلاقه ليس بظاهر لا يكون هاهنا مظاهراً ، إلا أن ينوى الظَّهَار .

فصل

٦١٧١

وإن قال : أنتِ على كظهر أمي حرام ، فهو صريح في الظَّهَار ، لا ينصرف إلى غيره ، سواء نوى الطلاق ، أو لم ينوه . وليس فيه اختلاف بحمد الله لأنه صرح بالظَّهَار ، ويبينه بقوله : حرام ، وإن قال أنتِ على حرام ، كظهر أمي ، أو كأمي ، فكذلك . وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي . والقول الثاني : إذا نوى الطلاق فهو طلاق ، وهو قول أبي يوسف ، ومحمد ، إلا أن أبا يوسف قال : لا أقبل قوله في نفي الظَّهَار . ووجه قولهم أن قوله : أنتِ على حرام إذا نوى به الطلاق ، فهو طلاق ، وزيادة قوله : كظهر أمي بعد ذلك لا يبنى الطلاق ، كما لو قال : أنتِ طالق كظهر أمي .

ولنا : أنه أتى بصريح الظَّهَار فلم يكن طلاقاً كالتي قبلها ، وقولهم إن التحريم مع نية الطلاق طلاق لانسائه ، وإن سلمناه لكنه فتر لفظه هاهنا بصريح الظَّهَار . بقوله ، فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية .

فصل

٦١٧٢

وإن قال : أنتِ طالق كظهر أمي ، طلقت ، وسقط كظهر أمي ، لأنه أتى بصريح الطلاق ، أولاً ، وجعل قوله كظهر أمي صفة له ، فإن نوى بقوله كظهر أمي تأكيد الطلاق لم يكن ظهراً ، كما لو أطلق ، وإن نوى به الظَّهَار وكان الطلاق بائناً فهو كالظَّهَار من الأجنبية ، لأنه أتى به بعد بينوتها بالطلاق ، وإن كان رجعيّاً كان ظهراً صحيحاً ، ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه أتى بلفظ الظَّهَار فيمن هي زوجة . وإن نوى بقوله : أنتِ طالق الظَّهَار لم يكن ظهراً ، لأنه نوى الظَّهَار بصريح الطلاق ، وإن قال : أنتِ على كظهر أمي طالق ، وقع الظَّهَار ، والطلاق معاً سواء كان الطلاق بائناً ، أو رجعيّاً لأن الظَّهَار سبق الطلاق .

٦١٧٣

فصل

فإن قال : أنت على حرام ونوى الطلاق ، والظهار معاً كان ظهاراً ، ولم يكن طلاقاً ، لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً ، وطلاقاً ، والظهار أولى بهذا اللفظ ، فينصرف إليه . وقال بعض أصحاب الشافعى : يقال له : اختر أيهما شئت ، وقال بعضهم : إن قال : أردت الطلاق والظهار كان طلاقاً ، لأنه بدأ به ، وإن قال : أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً ، لأنه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ، ويلزمه ما بدأ به .

ولنا : أنه أتى بلفظة الحرام ينوى بها الظهار ، فكانت ظهاراً ، كما لو انفرد الظهار بنيته ، ولا يكون طلاقاً لأنه زاحمت نيته نية الظهار ، وتعذر الجميع ، والظهار أولى بهذه اللفظة ، لأن معناها واحد ، وهو التحريم ، فيجب أن يغلب ماهو الأولى ، أما الطلاق فإن معناه الإطلاق ، وهو حل قيد النكاح ، وإنما التحريم حكم له في بعض أحواله ، وقد ينفك عنه . فإن الرجعية مطلقة مباحة ، وأما التخيير فلا يصح ، لأن هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها ، لكونه أهلاً ، والحل قابلاً ، ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق لكانت عدتها من حين أوقع الطلاق ، وليس إليه رفع حكم ثبت في الحل باختياره ، وإبداله بإرادته ، والقول الآخر مبني على أن له الاختيار ، وهو فاسد على ما ذكرنا ، ثم إن الاعتبار بجميع لفظه ، لا بما بدأ به . ولذلك لو قال : طلقت هذه أو هذه لم يلزم طلاق الأولى .

٦١٧٤

الفصل الرابع

أنه إذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه ، أو عضواً من أعضائها فهو مظاهر ، فلو قال : فرجك ، أو ظهرك ، أو رأسك ، أو جلدك على كظهر أمي ، أو بدنها ، أو رأسها ، أو يديها فهو مظاهر ، وبهذا قال مالك ، وهو نص الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملته امرأته ، لأنه لو حلف بالله لا يمس عضواً منها لم يسر إلى غيره ، فكذلك المظاهرة ، ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ، ولا هو في معنى المنصوص ، لأن تشبيهه جملتها تشبيهه لحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه ، وفيه تحريم لجملتها ، فيكون آكد ، وقال أبو حنيفة : إن شبهها بما يحرم النظر إليه من الأم كالفرج ، والفخذ ، ونحوها فهو مظاهر ، وإن لم يحرم النظر إليه ، كالرأس ، والوجه ، لم يكن مظاهراً ، لأنه شبهها بعضو لا يحرم النظر إليه ، فلم يكن مظاهراً ، كما لو شبهها بعضو زوجة له أخرى .

ولنا : أنه شبهها بعضو من أمه ، فكان مظاهراً ، كما لو شبهها بظهرها ، وفارق الزوجة ، فإنه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهراً ، والنظر إن لم يحرم فإن التلذذ يحرم ، وهو المستفاد بعقد النكاح .

❦ فصل ❦

٦١٧٥

وإن قال : كشعر أُمِّي ، أو سِنِّها ، أو ظِفْرِها ، أو شَبَّه شيئاً من ذلك من امرأتها بأمه ، أو بعضو من أعضائها الثلاثة ، لم يكن مظاهراً ، لأنها ليست من أعضاء الأمّ الثابتة ، ولا يقع الطلاق بإضافته إليها ، فكذلك الظهار ، وكذلك لو قال : كزوج أُمِّي ، فإن الزوج لا يوصف بالتحريم ، ولا هو محل للاستمتاع ، وكذلك الرِّيق ، والعَرَق ، والدمع ، وإن قال : وجهي من وجهك حرامٌ فليس بظهار . نصّ عليه أحد ، وقال : هذا شيء يقوله الناس ، ليس بشيء ، وذلك لأن هذا يستعمل كثيراً في غير الظَّهَر ، ولا يؤدّي معنى الظهار ، فلم يكن ظهاراً ، كما لو قال : لا أكلمك .

❦ فصل ❦

٦١٧٦

فإن قال : أنا مظاهر ، أو على الظهار ، أو على الحرام ، أو الحرام لي لازم ، ولا نية له لم يلزمه شيء ، لأنه ليس بصريح في الظَّهَر ، ولا نوى به الظهار ، وإن نوى به الظهار ، أو اقترنت به قرينة تدلّ على إرادته الظهار ، مثل أن يعلّقه على شرط فيقول : على الحرام إن كلمتك احتمل أن يكون ظهاراً ، لأنه أحد نوعي تحريم الزوجة ، فصَحَّ بالكناية مع النية ، كالطلاق ، ويحتمل أن لا يثبت به الظَّهَر ، لأن الشرع إنما ورد به بصريح لفظه ، وهذا ليس بصريح فيه ، ولأنه يمين موجبة للكفارة ، فلم يثبت حكمه بغير الصريح ، كاليمين بالله تعالى .

❦ فصل ❦

٦١٧٧

يكراه أن يُسمّى الرجل امرأته بن تحرم عليه ، كأمه ، أو أخته ، أو بنته ، لما روى أبو داود بإسناده عن أبي تميمه الهُجَيْمِيِّ « أَنَّ رَجُلًا قَالَ لَامْرَأَتِهِ : يَا أُخِيَّةَ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَخْتُكَ هِيَ ؟ فسكّره ذلك ، وَنَهَى عَنْهُ » ولأنه لفظ يشبه لفظ الظَّهَر ، ولا تحرم بهذا ، ولا يثبت حكم الظهار فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقل له : حَرُمْتَ عَلَيْكَ ، ولأن هذا اللفظ ليس بصريح في الظَّهَر ، ولا نواه به ، فلا يثبت التحريم . وفي الحديث عن النبي ﷺ : « أَنَّ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أُرْسِلَ إِلَيْهِ جِبَارٌ فَسَأَلَهُ عَنْهَا - يَعْنِي عَنْ سَارَةَ - فَقَالَ : إِنَّهَا أُخْتِي » ولم يعد ذلك ظهاراً .

❦ الفصل الخامس ❦

٦١٧٨

أن المظاهر يحرم عليه وطء امرأته قبل أن يكفر . وليس في ذلك اختلاف ، إذا كانت الكفارة عِقَقًا ، أو صَوْمًا ، لقول الله تعالى : (فَتَجَرِّبُ رَقَبَةً مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا)^(١) ، وقوله سبحانه : (فَمَنْ

(١) بعض الآية ٣ من سورة المجادلة .

لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَقَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا^(١) ، وأكثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ التَّكْفِيرَ بِالْإِطْعَامِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَأَنَّهُ يَحْرُمُ طَوُّهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ ، مِنْهُمْ عَطَاءُ ، وَالزَّهْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَهَبَ أَبُو نُورٍ إِلَى إِبَاحَةِ الْجَمَاعِ قَبْلَ التَّكْفِيرِ بِالْإِطْعَامِ ، وَعَنْ أَحَدٍ مَا يَقْتَضِي ذَلِكَ ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَمْنَعْ الْمُسْلِمَ قَبْلَهُ ، كَمَا فِي الْعَتَقِ وَالصَّيَامِ .

وَلَنَا : مَارُوى عِكْرَمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ : « أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي تَظَاهَرْتُ مِنْ إِسْرَاقِي ، فَوَقَعْتُ عَلَيْهَا قَبْلَ أَنْ أَكْفَرَ ؟ فَقَالَ : مَا حَلَكَ عَلَى ذَلِكَ يَرْحَمَكَ اللَّهُ ؟ قَالَ رَأَيْتُ خَلْجَالَهُمَا فِي ضَوْءِ الْقَمَرِ . قَالَ : فَلَا تَقْرَبْهَا حَتَّى تَفْعَلَ مَا أَمَرَكَ اللَّهُ » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وَلِأَنَّهُ مَظَاهِرٌ لَمْ يَكْفَرْ ، فَحُرْمٌ عَلَيْهِ جَمَاعُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ كَفَّارَتُهُ الْعَتَقُ ، أَوِ الصَّيَامُ ، وَتَرَكَ النَّصَّ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ قِيَاسُهَا عَلَى الْمَنْصُوصِ الَّذِي فِي مَعْنَاهَا .

فصل

٦١٧٩

فَأَمَّا التَّلَازُّ بِمَا دُونَ الْجَمَاعِ ، مِنَ الْقُبْلَةِ ، وَاللَّسِّ ، وَالْمُبَاشَرَةِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ : (لِإِحْدَاهُمَا) يَحْرُمُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ الزَّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ، لِأَنَّ مَا حَرَّمَ الْوَطْءَ مِنَ الْقَوْلِ حَرَّمَ دَوَاعِيَهُ ، كَالطَّلَاقِ ، وَالْإِحْرَامِ .

(وَالثَّانِيَةُ) لَا تَحْرُمُ . قَالَ أَحْمَدُ : أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ ، وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ وَحُكَيْ عَنْ مَالِكٍ ، وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ، لِأَنَّهُ وَطْءٌ يَتَعَلَّقُ بِتَحْرِيمِهِ مَالٌ ، فَلَمْ يَتَجَاوِزْهُ التَّحْرِيمُ ، كَوَطْءِ الْخَائِضِ .

فصل

٦١٨٠

وَلَا يَصَحُّ الظَّهَارُ مِنْ أُمَّتِهِ ، وَلَا أُمِّ وَلَدِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَمْرِو ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو ، وَسَعِيدُ ابْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَنُجَاهِدٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَرَبِيعَةُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ . وَرَوَى عَنِ الْحَسَنِ ، وَعِكْرَمَةَ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ ، وَالزَّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَالْحَكَمُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ : فِي الظَّهَارِ مِنَ الْأُمَّةِ كَفَّارَةٌ تَامَةٌ ، لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ لَهُ ، فَصَحَّ الظَّهَارُ مِنْهَا ، كَالزَّوْجَةِ ، وَعَنِ الْحَسَنِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ . إِنْ كَانَ يَطْوُهَا فَهُوَ ظَهَارٌ ، وَإِلَّا فَلَا ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَطَّأَهَا فَهُوَ كِتَابَةُ مَالِهِ .

وقال عطاء : عليه نصف كفارة حرّة ، لأن الأمة على النصف من الحرّة في كثير من أحكامها ، وهذا من أحكامها ، فتكون على النصف .

ولنا : قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) فخصّهن به ، ولأنه لفظ بعماق به تحريم الزوجة ، فلا تحرّم به الأمة ، كالطلاق ، ولأن الظاهر كان طلاقاً في الجاهليّة ، فنقل حكمه وبقي محله . قال أحمد : قال أبو قلابة ، وقتادة : إن الظاهر كان طلاقاً في الجاهلية . وروى عن أحمد : أن على المظاهر من أمته كفارة ظهار ، وقال أبو بكر : لا يتوجّه هذا على مذهبه ، لأنه لو كانت عليه كفارة ظهار كانت ظهاراً ، ولكن عليه كفارة يمين ، لأنه تحرّم لمباح من ماله ، فكانت فيه كفارة يمين ، كتحريم سائر ماله . قال نافع : « حرّم رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتته فأمره الله أن يكفر بيمينه » ويحتمل أن لا يلزمه شيء ، بناء على قوله في المرأة : إذا قالت لزوجها أنت على كظهر أبي لا يلزمها شيء ، وإن قال لأمته : أنت على حرام ، فعليه كفارة يمين ، لقول الله تعالى : (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ؟) ^(١) إلى قوله تعالى - « قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِيلَةَ أَيْمَانِكُمْ » ^(٢) نزلت في تحريم النبي ﷺ لجاريته في قول بعضهم . ويخرج على الرواية الأخرى أن تلزمه كفارة ظهار ، لأن التحريم ظهار . والأول هو الصحيح ، إن شاء الله تعالى .

فصل

٦١٨٠

ويصحّ الظهار ، مؤقتاً ، مثل أن يقول : أنت على كظهر أمي شهراً ، أو حتى ينسخ شهر رمضان فإذا مضى الوقت زال الظهار ، وحلّت المرأة بلا كفارة ، ولا يكون عائداً بالوطء في المدة ، وهذا قول ابن عباس ، وعطاء ، وقتادة ، والثوري ، وإسحاق ، وأبي نور ، وأحد قولي الشافعي . وقوله الآخر : لا يكون ظهاراً ، وبه قال ابن أبي ليلى ، والليث ، لأن الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقاً ، وهذا لم يطلق . فأشبهه ما لو شبهها بمن تحرّم عليه في وقت ، دون وقت ، وقال طاوس : إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة ، وإن برّ ، وقال مالك : يسقط التأقيت ، ويكون ظهاراً مطلقاً ، لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة ، فإذا وقته لم يتوقّت كالطلاق .

ولنا : حديث سلمة بن صخر وقوله « أَظَاهَرْتُ مِنْ امْرَأَتِي حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ ، وَأُخْبِرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ أَصَابَهَا فِي الشَّهْرِ ، فَأَمَرَهُ بِالْكَفَّارَةِ » ولم يعتبر عليه تقييده ، ولأنه منع نفسه منها يمين لها كفارة ، فصحّ مؤقتاً ، كالإيلاء ، وفارق الطلاق ، فإنه يُزِيلُ الْمَلَكَ ، وهو يُوقِّعُ تحريماً

(١) الآية الأولى من سورة التحريم . (٢) بعض الآية ٢ من سورة التحريم .

يرفعه التكفير ، فجاز تأقيته ، ولا يصح قول من أوجب الكفارة ، وإن برّ لأن الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ، ومن برّ ، وترك العود في الوقت الذي ظاهر فلم يعمد لما قال ، فلا تجب عليه كفارة . وفارق التشبيه بمن لا تحرّم عليه ، على التأييد ، لأن تحرّمها غير كامل ، وهذه حرّمها في هذه المدة تحريماً مُشَبَّهاً بتحرّم ظهر أمّه ، على أننا نمنع الحكم فيها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة ، وهذا هو المنصوص عن الشافعي ، وقال بعض أصحابه : إن لم يُطْلَقْها عقيب الظهار فهو عائد ، عليه الكفارة ، وقال أبو عبيد : إذا أجمع على غشيانها في الوقت لزمته الكفارة ، وإلا فلا ، لأن العود العزم على الوطء .

ولنا : حديث سلمة بن صخر ، وأنه لم يوجب عليه الكفارة إلا بالوطء ، ولأنها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها ، كاليمين بالله تعالى ، ولأن المظاهر في وقت عازم على إمساك زوجته في ذلك الوقت ، فن أوجب عليه الكفارة بذلك كان قوله كقول طاوس ، فلا معنى لقوله : يصحّ الظهار مؤقتاً ، لعدم تأثير الوقت .

فصل

٦١٨١

ويصحّ تعليق الظهار بالشروط ، نحو أن يقول : إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمي ، وإن شاء زيد فأنت على كظهر أمي ، فتي شاء زيد ، أو دخلت الدار صار مظاهراً ، وإلا فلا ، وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي ، لأنه يمين ، فجاز تعليقه على شرط ، كالإبلاء . ولأن أصل الظهار أنه كان طلاقاً ، والطلاق يصحّ تعليقه بالشروط ، فكذلك الظهار : ولأنه قول تحرّم به الزوجة ، فصحّ تعليقه على شرط كالطلاق ، ولو قال لامرأته : إن تظاهرت من امرأتي الأخرى فأنت على كظهر أمي ثم تظاهرت من الأخرى صار مظاهراً منهما جميعاً . وإن قال : إن تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت على كظهر أمي ، ثم قال للأجنبيّة : أنت على كظهر أمي صار مظاهراً من امرأته ، عند من يرى الظهار من الأجنبية ، ومن لا فلا ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

فصل

٦١٨٢

فإن قال : أنت على كظهر أمي إن شاء الله ، لم ينعمد ظهاره . نص عليه أحمد فقال : إذا قال لامرأته عليه كظهر أمّه إن شاء الله فلايس عليه شيء ، هي يمين ؛ وإذا قال : ما أحلّ الله على حرام إن شاء الله ، وله أهل هي يمين ، ليس عليه شيء ، وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنها يمين مكفّرة فصحّ الاستثناء فيها ، كاليمين بالله تعالى ، أو كتحرّم ماله ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَقَالَ : إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ » رواه

الترمذى ، وقال : حديث حسن غريب ، وفي لفظ « مَنْ حَلَفَ فَاسْتَنْتَى ، فَإِنْ شَاءَ فَعَلَ وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ غَيْرَ حِنْثٍ » رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، والنسائى ، وإن قال : أنت على حرام ، ووالله لا أكلك إن شاء الله ، عاد الاستثناء إليهما في أحد الوجهين ، لأن الاستثناء إذا تعقب جملًا عاد إلى جميعها ، إلا أن بنوى الاستثناء في بعضها ، فيعود إليه وحده ، وإن قال : أنت على حرام ، إذا شاء الله ، أو إلا ما شاء الله ، أو إلى أن يشاء الله ، أو ما شاء الله . فكله استثناء ، يرفع حكم الظهار . وإن قال : إن شاء الله فأنت حرام فهو استثناء برفع حكم الظهار . لأن الشرط إذا تقدم يُجاب بالفاء ، وإن قال : إن شاء الله أنت حرام ، فهو استثناء ، لأن الفاء مقدرة ، وإن قال : إن شاء الله فأنت حرام صح أيضًا ، والفاء زائدة ، وإن قال : أنت حرام إن شاء الله ، وشاء زيد ، فشاء زيد ، لم يصر مظهرًا ، لأنه علّقه على مشيئتين ، فلا يحصل بإحداها .

مسألة

٦١٨٤

قال (فإن مات ، أو ماتت ، أو طلقها لم تلزمه الكفارة . فإن عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر ، لأن الحنث بالعود ، وهو الوطء ، لأن الله عز وجل أوجب الكفارة على المظاهر قبل الحنث) .

الكلام في هذه المسألة في ثلاثة فصول :

أحدها

٦١٨٥

أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار . فلو مات أحدهما ، أو فارقها قبل العود ، فلا كفارة عليه . وهذا قول عطاء ، والنخعي ، والأوزاعي ، والحسن ، والنوري ، ومالك ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، وقال طاوس ، ومجاهد ، والشعمي ، والزهرى ، وقتادة : عليه الكفارة بمجرد الظهار ، لأنه سبب للكفارة ، وقد وجد ، ولأن الكفارة وجبت لقول المنكر ، والزور ، وهذا يحصل بمجرد الظهار ، وقال الشافعي : متى أمسكها بعد ظهاره زمنًا يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة ، لأن ذلك هو العود عنده .

ولنا : قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) فأوجب الكفارة بأمرين : ظهار ، وعود ، فلا تثبت بأحدهما ، ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين ، فلا يحث بغير الحنث ، كسائر الإيمان ، والحنث فيها هو العود ، وذلك فعل ما حلف على تركه ، وهو الجماع ، وترك طلاقها ليس بحنث فيها ، ولا فعل لما حلف على تركه ، فلا تجب به الكفارة ، ولأنه لو كان الإمساك عودًا لوجب الكفارة على المظاهر الموقت وإن برّ ، وقد نص الشافعي على أنها لا تجب عليه .

إذا ثبت . هذا : فإنه لا كفارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها ، وكذلك إن فارقها ، سواء كان ذلك متراحياً عن يمينه ، أو عقبيه ، وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور ، وقال قتادة : إن مات لم يرثها حتى يكفر . ولنا : أن من روثها إذا كفر ورثها وإن لم يكفر ، كالولي منها .

الفصل الثاني

٦١٨٦

أنه إذا طلق من ظاهر منها ، ثم تزوجها لم يحل له وطؤها ، حتى يكفر ، سواء كان الطلاق ثلاثاً ، أو أقل منه ، وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر ، أو قبله ، نص عليه أحمد ، وهو قول عطاء ، والحسن ، والزهري ، والنخعي ، ومالك ، وأبي عبيد ، وقال قتادة : إذا بانت سقط الظهار ، فإذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه ، وللشافعي قولان كالذهبي . وقول ثالث : إن كانت البيئونة بالثلاث لم يعد الظهار ، وإلا عاد ، وبناء على الأقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني .

ولنا عموم قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسُوا) وهذا قد ظاهر من امراته ، فلا يحل أن يتناسا حتى يكفر ، ولأنه ظاهر من امراته فلا يحل له مسها قبل التكفير ، كالتى لم يطلقها ، ولأن الظهار يمين مكفرة ، فلم يبطل حكمها بالطلاق ، كالإيلاء .

الفصل الثالث

٦١٨٧

أن العود هو الوطء فتي وطئ لزمته الكفارة ، ولا تجب قبل ذلك ، إلا أنها شرط لحل الوطء ، فيؤمر بها من أراد له ليستحل بها ، كما يؤمر بمقد النكاح من أراد حل المرأة . وحكى نحو ذلك عن الحسن ، والزهري ، وهو قول أبي حنيفة ، إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطئ ، وهي عنده في حق من وطئ كمن لم يطق .

وقال القاضي وأصحابه : العود العزم على الوطء ، إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء ، إذا مات أحدهما ، أو طلق قبل الوطء . إلا أبا الخطاب فإنه قال : إذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة ، وهذا قول مالك ، وأبي عبيد ، وقد أنكر أحمد هذا ، فقال : مالك يقول : إذا أجمع لزمته الكفارة ، فكيف يكون هذا ؟ لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة ؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس : إذا تكلم بالظهار لزمه مثل الطلاق . ولم يجب أحمد قول طاوس .

وقال أحمد في قوله تعالى (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا) قال : العود الفشيان ، إذا أراد أن ينقض كفر ، واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسُوا) فأوجب

الكفارة بعد العود قبل التماس ، وما حرّم قبل الكفارة لا يجوز كونه متقدماً عليها ، ولأنه قصد بالظهار تحريمها ، فالعزم على وطئها عود فيما قصد ، ولأن الظهار تحريم ، فإذا أراد استباحتها فقد رجع في ذلك التحريم ، فكان عائداً . وقال الشافعي : العود إمساكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه ، لأن ظهاره منها يقتضي إبانيتها ، فإمساكها عود فيما قال : وقال داود : العود تكرار الظهار مرة ثانية ، لأن العود في الشيء إعادته .

ولنا : أن العود فعل ضدّ قوله ، ومنه « العائد في هبته » هو الراجع في الموهوب ، والعائد في عديته التارك للوفاء بما وعد ، والعائد فيما نهى عنه فاعل المنهى عنه ، قال الله تعالى (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نَهَوْا عَنْهُ ^(١)) فالظاهر محرّم للوطء على نفسه ، وما نهى لها منه . فالعود فعله ، وقولهم : إن العود بتقديم التكفير ، والوطء يتأخّر عنه . قلنا : المراد بقوله (ثُمَّ يَعُودُونَ) أي يريدون العود ، كقول الله تعالى (إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ ^(٢)) أي أردتم ذلك وقوله تعالى (فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ ^(٣)) فإن قيل : فهذا تأويل ، ثم هو رجوع إلى إيجاب الكفارة بالعزم المجرد ؟ قلنا : دليل التأويل ما ذكرنا .

وأما الأمر بالكفارة عند العزم فإتما أمر بها شرطاً للحل ، كالأمر بالطهارة لمن أراد صلاة النافلة ، والأمر بالنية لمن أراد الصيام ، أما الإمساك فليس بعود ، لأنه ليس بعود في الظهار المؤقت ، فكذلك في المطلق ، ولأن العود فعل ضدّ ما قاله ، والإمساك ليس بضدّ له ، وقولهم : إن الظهار يقتضي إبانيتها لا يصح ، وإنما يقتضي تحريمها ، واجتنابها ، ولذلك صحّ توقيته ، ولأنه قال (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا) وثمّ للتراخي ، والإمساك غير متراخي ، وأما قول داود . فلا يصح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أوساً وسلمة ابن صخر بالكفارة من غير إعادة اللفظ ، ولأن العود إنما هو في مقوله دون قوله ، كالعود في الهبة ، والعدة ، والعود لما نهى عنه ، ويدلّ على إبطال هذه الأقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة ، فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها ، وهو فعل ماحلف على تركه ، كسائر الأيمان ، وتجب الكفارة بذلك كسائر الأيمان ، ولأنها يمين تقتضي ترك الوطء ، فلا تجب كفارتها إلا به كالإبلاء .



٦٦٨٨

قال : ﴿ وإذا قال لامرأة أجنبية : أنت عليّ كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بالكفارة ﴾ .

(١) بعض الآية ٨ من سورة المجادلة . (٢) بعض الآية ٦ من سورة المائدة .

(٣) بعض الآية ٩٨ من سورة النحل .

وجملته : أن الظهار من الأجنبية يصحّ ، سواء قال ذلك لامرأة بعينها ، أو قال : كل النساء على كظهر أمي ، وسواء أوقمه مطلقاً ، أو علّقه على التزويج ، فقال : كل امرأة أتزوجها فهي على كظهر أمي ، ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يظاها حتى يكفر . يروى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وبه قال سعيد بن المسيّب ، وعروة ، وعطاء ، والحسن ، ومالك ، وإسحاق ، ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج . وهو قول الثوري . وأبي حنيفة ، والشافعي ، ويروى ذلك عن ابن عباس ، لقول الله تعالى (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) والأجنبية ليست من نسائه ، ولأن الظهار يمين ، ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه ، فلم يثبت حكمها في الأجنبية ، كالإبلاء ، فإن الله تعالى قال : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) كما قال (لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ^(١)) ولأنها ليست بزوجة ، فلم يصحّ الظهار منها كأقمة ، ولأنه حرّم محرّمة ، فلم يلزمه شيء ، كما لو قال : أنت حرام ، ولأنه نوع تحرّيم ، فلم يتقدّم النكاح ، كالطلاق .

ولنا : ما روى الإمام أحمد بإسناده ، عن عمر بن الخطاب أنه قال في رجل قال : إن تزوّجت فلانة فهي على كظهر أمي فتزوجها ، قل : « عليه كفارة الظهار » ولأنها يمين مكفّرة ، فصحّ انعقادها قبل النكاح ، كاليمين بالله تعالى ، أما الآية فإن التخصيص خرج مخرج الغالب ، فإن الغالب أن الإنسان إنما يظاهر من نسائه ، فلا يوجب تخصيص الحكم بهنّ ، كما أن تخصيص الربيعة التي في حجره بالذكور لم يوجب اختصاصها بالتحرّيم ، وأما الإبلاء ، فإنما اختصّ حكمه بنسائه ، لكونه يقصّد الإضرار بهنّ ، دون غيرهنّ ، والكفارة وجبت همنا لقول المذكر ، والزور ، ولا يختصّ ذلك بنسائه ، ويفارق الظهار الطلاق من وجهين :

أحدهما : أن الطلاق حلّ قيّد النكاح ، ولا يمكن حله قبل عقده ، والظهار تحرّيم للوطء ، فيجوز تقديمه على العقد لحيض .

الثاني : أن الطلاق يرفع العقد ، فلم يحز أن يسبقه ، وهذا لا يرفعه ، وإنما تتملق الإباحة على شرط ، فجاز تقدّمه . وأما الظهار من الأمة فقد انعقد يميناً . وجبت به الكفارة ، ولم تجب كفارة الظهار ، لأنها ليست امرأة له حال التكفير ، بخلاف مسألتنا .

فصل في

٦١٨٩

وإذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي على كظهر أمي ، ثم تزوج نساء وأراد المؤدّ فعله كفارة ،

(١) بعض الآية ٢٢٦ من سورة البقرة

واحدة ، سواء تزوجهن في عقد ، أو في عقود متفرقة ، نص عليه أحمد ، وهو قول عروة ، وإسحاق ، لأنها يمين واحدة ، فكفارتها واحدة ، كما لو ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة ، وعنه : أن لكل عقد كفارة ، فلو تزوج اثنتين في عقد ، وأراد العود فعليه كفارة واحدة ، ثم إذا تزوج أخرى ، وأراد العود فعليه كفارة أخرى ، ورؤي ذلك عن إسحاق ، لأن المرأة الثالثة وجد العقد عليها الذي يثبت به الظهار ، وأراد العود إليها بعد التكفير عن الأولتين ، فكانت عليه لها كفارة ، كما لو ظاهر منها ابتداء . ولو قال لأجنبية : أنت علي كظهر أمي ، وقال : أردت أنها مثلمها في التحريم في الحال دُين في ذلك ، وهل يقبل في الحكم ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : لا يقبل لأنه صريح للظهار ، فلا يقبل صرفه إلى غيره .

والثاني : يقبل ، لأنها حرام عليه ، كما أن أمه حرام عليه .

مسألة

٦١٩٠

قال : ﴿ ولو قال : أنت علي حرام ، وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء ، وإن تزوجها ، لأنه صادق ، وإن أراد في كل حال لم يطأها إن تزوجها ، حتى يأتي بكفارة الظهار ﴾ .

أما إذا أراد بقوله لها : أنت علي حرام الإخبار عن حرمتها في الحال ، فلا شيء عليه ، لأنه صادق ، لكونه وصفها بصفتها ، ولم يقل مُنكراً ، ولا زوراً ، وكذلك لو أطلق هذا القول ، ولم يكن له نية ، فلا شيء عليه لذلك ، وإن أراد تحريمها في كل حال فهو ظهار ، لأن لفظة الحرام إذا أريد بها الظهار ظهر في الزوجة ، فكذلك في الأجنبية ، فصار كقوله أنت علي كظهر أمي .

مسألة

٦١٩١

قال : ﴿ ولو ظاهر من زوجته وهي أمة ، فلم يكفر حتى ملكها انفسخ النكاح ، ولم يطأها حتى يكفر ﴾ .

وجملته أن الظهار يصح من كل زوجة ، أمة كانت ، أو حرة ، فإذا ظاهر من زوجته الأمة ، ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظهار : فذكر الخرق ههنا أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر ، وبه يقول مالك ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ونص عليه الشافعي ، وقال القاضي : المذهب ما ذكر الخرق ، وهو قول أبي عبد الله بن حامد ، أقول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) وهذا قد ظاهر من امرأته ، فلم يحل له مشها حتى يكفر ، ولأن الظهار قد صح فيها ، وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك ، والحل ،

فبملك اليمين أولى ، ولأنها يمين انعقدت موجبةً لكفارة ، فوجبَت دون غيرها ، كسائر الأيمان ، وقال أبو بكر عبد العزيز : يسقط الظهار بملكها ، وإن وطئها حنث ، وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهي أمتة لأنها خرجت عن الزوجات ، وصار وطؤه لها بملك اليمين فلم يكن موجبةً لكفارة الظهار ، كما لو تظاهر منها . وهي أمتة ، ويقضى قول أبي بكر هذا أن تُباح قبل التكفير ، لأنه أسقط الظهار ، وجعله يمينًا ، كتحريم أمتة ، فإن أعتقها عن كفارته صحَّ على القولين ، فإن تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة ، لأنه كفر عن ظهاره بإعتاقها ، ولا يمتنع إجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها ، كما لو قال : إن ملكت أمة فله على عتق رقبة ، فملك أمة فأعتقها ، وإن أعتقها عن غير الكفارة ، ثم تزوجها عاد حكم الظهار ، ولم تحل له حتى يكفر .

مسألة

٦١٩٢

قال : ﴿ ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة لم يكن عليه أكثر من كفارة ﴾ .
وجملته : أنه إذا تظاهر من نسائه الأربع بلفظ واحد ، فقال : أنتنَّ عليّ كظهر أمي فليس عليه أكثر من كفارة ، بغير خلاف في المذهب . وهو قول عليّ ، وعمر ، وعروة ، وطاوس ، وعطاء ، وربيعه ، ومالك ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبي ثور ، والشافعي في القديم ، وقال الحسن ، والنخعي ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، والحكم ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، والشافعي في الجديد : عليه لكل امرأة كفارة ، لأنه وجد الظهار والعود في حق كل امرأةٍ منهن ، فوجب عليه عن كل واحدة كفارة ، كما لو أفرد بها به .

ولنا : عموم قول عمر ، وعليّ رضي الله عنهما ، رواه عنهما الأثرم ، ولا نعرف لها في الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً ، ولأن الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة ، فإذا وجدت في جماعة أوجبَت كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى ، وفارق ما إذا تظاهر منها بكلمات ، فإن كل كلمة يقضى كفارة ترفعها ، وتكفر إثمها ، وههنا الكلمة واحدة ، فالكفارة الواحدة ترفع حكمها ، وتمحو إثمها ، فلا يبقى لها حكم .

فصل

٦١٩٣

ومفهوم كلام الخرقى أنه إذا تظاهر منهن بكلمات ، فقال : لكل واحدة : أنت عليّ كظهر أمي فإن لكل يمين كفارة . وهذا قول عروة ، وعطاء ، قال أبو عبد الله بن حامد : المذهب رواية واحدة في هذا ، قال القاضي : المذهب عندي ما ذكر الشيخ أبو عبد الله ، قال أبو بكر : فيه رواية أخرى : أنه يُجزئه كفارة واحدة ، واختار ذلك ، وقال : هذا الذي قلناه أتباعاً لعمر بن الخطاب ، والحسن ، وعطاء وإبراهيم ، وربيعه ، وقبيصة ، وإسحاق . لأن كفارة الظهار حق لله تعالى ، فلم تتكرر بتكرار سببها ، كالحلِّ وعليه يخرج الطلاق .

ولنا أنها أيمان متكررة على أعيان متفرقة ، فكان لكل واحدة كفارة ، كما لو كفر ، ثم ظاهر ، ولأنها أيمان لا يحنث في إحداها بالحنث في الأخرى ، فلا تسكفها كفارة واحدة كالأصل ، ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة ، فتتعدد الكفارة بتعدد في الحال المختلفة ، كالقتل ، ويفارق الحد ، فإنه عقوبة تُدْرَأُ بالشبهات ، فأما إن ظاهر من زوجته سراً ، ولم يكفر فكفارة واحدة ، لأن الحنث واحد فوجبت كفارة واحدة ، كما لو كانت اليمين واحدة .

فصل

٦١٩٤

إذا ظاهر من امرأة ، ثم قال لأخرى : أشركتُك معها ، أو أنتِ شريكُها ، أو كفى ، ونوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منها ، بغير خلاف علمناه ، وبه يقول مالك ، والشافعي ، وإن أطلق صار مظاهراً أيضاً ، إذا كان عقيب مظاهرتة من الأولى ، ذكره أبو بكر ، وبه قال مالك ، قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا يكون مظاهراً ، وبه قال الشافعي ، لأنه ليس بصريح في الظهار ، ولا نوى به الظهار ، فلم يكن ظهراً ، كما لو قال ذلك قبل أن يُظاهر من الأولى ، ولأنه يحتمل أنها شريكها في دينها ، أوفي الخصومة أو في النكاح ، أو سوء الخلق ، فلم تخصص بالظهار إلا بالنية ، كسائر الكفائات .

ولنا : أن الشركة والتشبيه لا بد أن يكون في شيء ، فوجب تعليقه بالذكور معه ، كجواب السؤال فيما إذا قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : قد طلقها ، وكالعطف مع المعطوف عليه ، والصفة مع الموصوف ، وقولهم إنه كفاية لم ينوبها الظهار ، قلنا : قد وجد دليل النية ، فيسكتفي بها ، وقولهم : إنه يحتمل . قلنا : ما ذكرنا من القرينة يُزيل الاحتمال وإن بقي احتمال ما كان مرجوحاً فلا يلتفت إليه ، كالاختمال في اللفظ الصريح .

مسألة

٦١٩٥

قال : ﴿ والكفارة عتق رقبة مؤمنة ، سالة من العيوب المضرة بالعمل ﴾ .
في هذه المسألة ثلاث مسائل :

المسألة الأولى

٦١٩٦

أن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق عتق رقبة ، لا يجزئه غير ذلك ، بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ، والأصل في ذلك قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسُوا) إلى قوله : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسُوا) . وقول النبي صلى الله عليه وسلم لأوس بن الصامت ، حين ظاهر من امرأته « يُعْتِقُ رَقَبَةً . قُلْتُ : لَا يَجِدُ ، قَالَ : فَيَصُومُ » . وقوله لسامة بن صخر مثل ذلك . فمن وجد رقبة يستغني عنها ، أو وجد

ثمها فاضلاً عن حاجته ، ووجدناها به ، لم يُجزئه إلا الإعتاق ، لأن وجود المبدل إذا منع الانتقال إلى البذل كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال ، كالماء ، ونمنه ، يمنع الانتقال إلى التيمم .

المسألة الثانية

٦١٩٧

أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار ، وسائر الكفارات . هذا ظاهر المذهب . وهو قول الحسن ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، وعن أحمد رواية ثانية : أنه يُجزى فيما عدا كفارة القتل من الظهار ، وغيره ، عتق رقبة ذميمة . وهو قول عطاء ، والذخري ، والثوري ، وأبي نور ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر ، لأن الله تعالى أطلق الرقبة في هذه الكفارة ، فوجب أن يُجزى ما تناوله الإطلاق .

ولنا : ما روى معاوية بن الحكم قال : « كَانَتْ لِي جَارِيَةٌ فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُلْتُ عَلَى رَقَبَةٍ ، أَفَأَعْتِقُهَا ؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أَيْنَ اللَّهُ ؟ فَقَالَتْ : فِي السَّمَاءِ ، فَقَالَ : مَنْ أَنَا ؟ فَقَالَتْ : أَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ ، فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « أُعْتِقْهَا فَإِنَّهَا مُؤْمِنَةٌ » أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ وَالنَّسَائِيُّ ، فَعَمَلُ جَوَازٍ لِعِتْقِهَا عَنِ الرَّقَبَةِ الَّتِي عَلَيْهِ بِأَنَّهَا مُؤْمِنَةٌ . فدل على أنه لا يُجزى عن الرقبة التي عليه إلا مؤمنة ، ولأنه تكفير بعتق ، فلم يُجز إلا مؤمنة ، ككفارة القتل ، والمطابق يُحمل على المقيّد من جهة القياس ، إذا وجد المعنى فيه ، ولا بُدّ من تقييده ، فإنّا أجمعنا على أنه لا يُجزى إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيّناً ، فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى .

المسألة الثالثة

٦١٩٨

أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيّناً ، لأن المقصود تملك العبد منافعاً ، ويمكنه من التصرف لنفسه ، ولا يحصل هذا مع ما يضرّ بالعمل ضرراً بيّناً ، فلا يُجزى الأعرج ، لأنه لا يمكنه العمل في أكثر الصناعات ، ولا المقعّد ، ولا المقطوع اليدين ، أو الرجلين ، لأن اليدين آلة البطش ، فلا يمكنه العمل مع فقدهما ، والرجلان آلة المشي ، فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما ، والشلل كالقطع في هذا ، ولا يُجزى المجنون جنوناً مُطَبِّقاً لأنه وجد فيه المعنّيان : ذهاب منفعة الجنس ، وحصول الضرر بالعمل . وبهذا كله قال مالك ، والشافعي ، وأبو نور ، وأصحاب الرأي ، وحسبى عن داود : أنه جوّز كل رقبة يقع عليها الاسم ، أخذاً بإطلاق اللفظ .

ولنا أن هذا نوع كفارة فلم يُجزى ما يقع عليه الاسم ، كالإطعام ، فإنه لا يُجزى أن يُطعم مُسَوِّساً ولا عَفِناً ، وإن كان يُسَمَّى طعاماً ، والآية مقيدة بما ذكرناه .

٦١٩٩

فصل

ولا يجزئ مقطوع اليد أو الرجل ، ولا أشلها ، ولا مقطوع لإيهام اليد ، أو سبباً بينها ، أو الوُسْطَى ، لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ، ولا يُجزئ مقطوع الخنصر ، والخنصر من يد واحدة ، لأن نفع اليدين يزول أكثره بذلك ، وإن قطعت كل واحدة من يدي جاز ، لأن نفع السكّين باقي ، وقطع أئمة الإيهام كقطع جميعها ، فإن نفعها يذهب بذلك ، لكونها أئمتين ، وإن كان من غير الإيهام لم يمنع ، لأن منفعتها لا تذهب ، فإنها تصير كالأصابع القصار ، حتى لو كانت أصابعه كلها غير الإيهام قد قطعت من كل واحدة منها أئمة لم يمنع ، وإن قطع من الإصبع أئمتان فهو كقطعها ، لأنه يذهب بمنفعتها ، وهذا جميعه مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يُجزئ مقطوع إحدى اليدين ، أو إحدى الرجلين ، ولو قطعت يده ورجله جميعاً من خلاف أجزاء ، لأن منفعة الجنس باقية ، فأجزاء في الكفارة كالأعور . فأما إن قطعت من وفاق أى من جانب واحد ، لم يجزئ ، لأن منفعة المثنى تذهب .

ولنا : أن هذا يؤثر في العمل ، ويضر ضرراً يئناً ، فوجب أن يمنع إجزاءها ، كالمقطوع من وفاق ويخالف الأعور : فإنه لا يضر ضرراً يئناً ، والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار بمنفعة الجنس ، فإنه لو ذهب شيء ، أو قطعت أذناه مما أجزأ مع ذهاب منفعة الجنس . ولا يجزئ الأعرج إذا كان عرجاً كثيراً ، فاحشاً ، لأنه يضر بالعمل ، فهو كقطع الرجل ، وإن كان عرجاً كثيراً لا يمنع الأخرى لأنه قليل الضرر .

فصل

٦٢٠٠

ويجزئ الأعور في قولهم جميعاً ، وقال أبو بكر : فيه قول آخر : لا يجزئ ، لأنه نقص يمنع التضحية والإجزاء في الهدى . فأشبهه العمى ، والصحيح ما ذكرناه . فإن المقصود تكميل الأحكام ، وتمايلك العبد للمنافع ، والأعور لا يمنع ذلك ، ولأنه لا يضر بالعمل . فأشبهه قطع إحدى الأذنين . ويفارق العمى ، فإنه يضر بالعمل ضرراً يئناً ، ويمنع كثيراً من الصنائع ، ويذهب بمنفعة الجنس ، ويفارق قطع إحدى اليدين والرجلين ، فإنه لا يعمل بإحداها ما يعمل بهما ، والأعور يدرك بإحدى العينين ما يدرك بهما . وأما الأضحية والهدى فإنه لا يمنع منهما مجرد الأعور ، وإنما يمنع انخساف العين وذهاب العضو المستطاب ، ولأن الأضحية يمنع فيها قطع الأذن ، والقرن ، والعنق لا يمنع فيه إلا ما يضر بالعمل ، ويجزئ المقطوع الأذنين . وبذلك قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك ، وزفر : لا يجزئ ، لأنهما عضوان فيهما الدية أشبه اليدين .

ولنا : أن قطعها لا يضر بالعمل الضرر البين ، فلم يمنع ، كنقص السمع ، بخلاف قطع اليدين . ويجزئ مقطوع الأنف لذلك ، ويجزئ الأصم إذا فهم بالإشارة . ويجزئ الأخرس إذا فهمت بإشارته وفهم بالإشارة . وهذا مذهب الشافعي ، وأبي ثور . وقال أصحاب الرأي : لا يجزئ ، لأن منفعة الجنس

ذاهبة. فأشبه زائل العقل، وهذا المنصوص عليه عن أحمد، لأن الخرس نقص كثير، يمتنع كثيراً من الأحكام، مثل القضاء، والشهادة، وأكثر الناس لا يفهم إشارته، فيقتصر في ترك استعماله. وإن اجتمع الخرس، والصمم. فقال القاضي: لا يجزىء، وهو قول بعض الشافعية. لاجتماع النقصين فيه، وذهاب منفعتي الجنس، ووجه الإجزاء أن الإشارة تقوم مقام الكلام في الإفهام، ويثبت في حقه أكثر الأحكام، فيُجزىء في العتق، كالذي ذهب شمه، فأما الذي ذهب شمه فيُجزىء، لأنه لا يضر بالعمل، ولا بغيره.

فأما المريض: فإن كان مرجو البرء، كالخبي، وما أشبهها أجزاء في الكفارة، وإن كان غير مرحو الزوال كالسل، ونحوه، لم يجزىء، لأن زواله ينسدر، ولا يتمكن من العمل مع بقائه، وأما نضو الخلق^(١): فإن كان يتمكن معه من العمل أجزاء، وإلا فلا، ويجزىء الأحمق، وهو الذي يخطئ على بصيرة، ويصنع الأشياء لغير فائدة، ويرى الخطأ صواباً، ومن يحنق في الأحيان. والخصي والمحبوب والرتقاء، والكبير الذي يقدر على العمل، لأن ما لا يضر بالعمل لا يمنع تملك العبد منافعه، وتكميل أحكامه، فيحصل الإجزاء به، كالسالم من العيوب.

فصل

٦٢٠١

ويجزىء عتق الجاني، والمرهون، وعتق الفليس عبده، إذا قلنا بصحة عتقهم، وعتق المدبر، والخصي، وولد الزنا، لكمال العتق فيهم.

فصل

٦٢٠٢

ولا يجزىء عتق المصوب لأنه لا يقدر على تمكينه من منافعه، ولا غائب غيبة منقطعة لا يعلم خبره لأنه لا يعلم حياته، فلا يُلم صحة عتقه، وإن لم ينقطع خبره أجزاء عتقه، لأنه عتق صحيح، ولا يجزىء عتق الحمل، لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا، ولذلك لم تجب فطرته، ولا يتيقن أيضاً وجوده وحياته، ولا عتق أم الولد، لأن عتقها مستحق بسبب غير الكفارة، والملك فيها غير كامل، ولهذا لا يجوز بيعها، وقال طاوس، والبتى: يجزىء عتقها، لأنه عتق صحيح، ولا يجزىء عتق مكاتب أدنى من كتابته شيئاً، وسنذكر هذا في الكفارات، إن شاء الله تعالى.

مسألة

٦٢٠٣

قال: ﴿فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾.

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد رقبة أن فرضه صيام شهرين متتابعين، وذلك لقول الله (١) نضو الخلق: المهزول الذي أعضاؤه نحيفه هزيلة أو المهزول خلفه.

تعالى : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسَا) وحديث أوس بن الصامت وسلمة ابن صخر ، وأجمعوا على أن من وجد رقبة فاضلة عن حاجته فليس له الانتقال إلى الصيام ، وإن كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لزمن ، أو كبير ، أو عظم خلقي ، ونحوه مما يعجزه عن خدمة نفسه ، أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ، ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الإعتاق ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والأوزاعي : متى وجد رقبة لزمه إعتاقها ، ولم يحز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجاً إليها ، أو لم يكن ، لأن الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام أن لا يجد رقبة يقول : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ) وهذا واجد ، وإن وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : يلزمه ، لأنَّ وُجْدان ثمنها كوجودها .

ولنا : أن ما استغفرته حاجة الإنسان فهو كالعدوم في جواز الانتقال إلى البذل ، كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش ، يجوز له الانتقال إلى التيمم . وإن كان له خادم ، وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه إعتاقها ، لأنه فاضل عن حاجته ، بخلاف من لم يجز عادتُه بخدمة نفسه ، فإن عليه مشقة في إعتاق خادمه ، وتضييعاً لكثير من حوائجه ، وإن كان له خادم يخدم امرأته ، وهي ممن عليه إختداسها ، أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم ، أو دار يسكنها ، أو عقار يحتاج إلى غلاته لمؤنته ، أو عرض للتجارة لا يستغنى عن ربحه في مؤنته ، لم يلزمه العتق ، وإن استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه أن يشتري به رقبة لزمه ، لأنه واجد للرقبة ، وإن كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشراء رقبتين بثمنها ، يستغنى بخدمة إحداها ، ويعتق الأخرى لزمه ، لأنه لا ضرر في ذلك . وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله ، يمكنه بيعها ، وشراء ما يكفيه في لباسه ، ورقبة لزمه ذلك ، وإن كانت له دار يمكنه بيعها ، وشراء ما يكفيه لسكنى مثله ، ورقبة أو ضيعة يفضل منها عن كفايته ما يمكنه شراء رقبة لزمه ، ويراعى في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة ، فإذا فضل عن ذلك شيء وجبت فيه الكفارة ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على نحو مما قلنا ، وإن كانت له سرية لم يلزمه إعتاقها ، لأنه يحتاج إليها ، وإن أمكنه بيعها وشراء سرية أخرى ، ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك ، لأن الفرض قد يتعاق بعينها ، فلا يقوم غيرها مقامها ، سيما إذا كان بدون ثمنها .

فصل

٦٢٠٤

فإن كان موسراً حين وجوب الكفارة إلا أن ماله غائب ، فإن كان مرجواً الحضور قريباً لم يحز الانتقال إلى الصيام ، لأن ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة ، وإن كان بعيداً لم يحز الانتقال إلى الصيام في غير كفارة الظهار ، لأنه لا ضرر في الانتظار ، وهل يجوز ذلك في كفارة الظهار ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز ، لوجود الأصل في ماله . فأشبهه سائر الكفارات .

(والثاني) يجوز ، لأنه يحرم عليه المسيس ، فجاز له الانتقال لموضع الحاجة ، فإن قيل : فلو عدم الماء ، وثمنه جاز له الانتقال إلى التيمم ، وإن كان قادراً عليهما في بلده . قلنا : الطهارة تجب لأجل الصلاة ، وليس له تأخيرها عن وقتها ، فدعت الحاجة إلى الانتقال ، بخلاف مسألتنا : ولأننا لو منعناه من التيمم لوجود القدرة في بلده بطلت رخصة التيمم ، فإن كل أحد يقدر على ذلك .

فصل

٦٢٠٥

وإن وجد ثمن الرقبة ، ولم يجد رقبةً يشتريها ، فله الانتقال إلى الصيام ، كما لو وجد ثمن الماء ، ولم يجد ما يشتريه ، وإن وجد رقبةً تباع بزيادة على ثمن المثل يُجْحِفُ بماله لم يلزمه شراؤها ، لأن فيه ضرراً ، وإن كانت لا تُجْحِفُ بماله احتمل وجهين :

(أحدهما) يلزمه ، لأنه قادر على الرقبة بثمن يقدر عليه لا يُجْحِفُ به ، فأشبهه ماله يبعث بثمن مثله .

(والثاني) لا يلزمه ، لأنه لم يجد رقبةً بثمن مثله ، أشبه العادم ، وأصل الوجهين العادم للماء إذا وجدته بزيادة على ثمن مثله ، فإن وجد رقبةً بثمن مثله ، إلا أنها رقبة رفيعة ، يمكن أن يشتري بثمنها رقاباً من غير جنسها ، لزمه شراؤها ، لأنها بثمن مثله ولا يُعَدُّ شراؤها بذلك الثمن ضرراً ، وإنما الضرر في إعتاقها ، وذلك لا يمنع الوجوب ، كما لو كان مالاً كآلها .

مسألة

٦٢٠٦

قال (فإن أفطر فيها من عذر بني ، وإن أفطر من غير عذر ابتداء) أجمع أهل العلم على وجوب التتابع في الصيام في كفارة الظهار . وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ، ثم قطعه لغير عذر ، وأفطر ، أن عليه استئناف الشهرين ، وإنما كان كذلك لورود لفظ الكتاب والسنة به . ومعنى التتابع : الموالاة بين صيام أيامهما ، فلا يُفطر فيها ، ولا يصوم عن غير الكفارة ، ولا يفتقر التتابع إلى نية ، وبسكنى فله ، لأنه شرط ، وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية ، وإنما تجب النية لأفعالها ، وهذا أحد الوجوه . لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر : أنها واجبة لكل ليلة ، لأن ضمَّ العبادة إلى العبادة إذا كان شرطاً وجبت النية فيه ، كالجمع بين الصلاتين ، والثالث تسكنى نية التتابع في الليلة الأولى .

ولنا : أنه تتابع واجب في العبادة ، فلم يفتقر إلى نية ، كالمتابعة بين الركعات ، ويُفارق الجميع بين الصلاتين ، فإن ذلك رخصة فافتقر إلى نية الترخُّص ، وما ذكره ينتقض بالمتابعة بين الركعات ، وأجمع

أهل العلم على أن الصائمة متتابهاً إذا حاضت قبل إتمامه تقضى إذا طهرت ، وتبني ، وذلك لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين ، إلا بتأخيرها إلى الإياس ، وفيه تقرير بالصوم ، لأنها ربما ماتت قبله ، والنفاس كالحيض في أنه لا يقطع التتابع في أحسد الوجهين ، لأنه بمنزلة في أحكامه ، ولأن الفطر لا يحصل فيهما بفعلهما ، وإنما ذلك الزمان كزمان الليل في حقهما .

(والوجه الثاني) أن النفاس يقطع التتابع ، لأنه فطر أمكن التحرز منه ، لا يتكرر كل عام ، فقطع التتابع ، كالفطر لغير عذر ، ولا يصح قياسه على الحيض ، لأنه أندر منه ، ويمكن التحرز عنه . وإن أفطر لمرض مخوف لم ينقطع التتابع أيضاً ، روى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال ابن المسيب ، والحسن ، وعطاء ، والشعبي ، وطاوس ، ومجاهد ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، والشافعي في القديم ، وقال في الجديد : ينقطع التتابع . وهذا قول سعيد بن جبير ، والنخعي ، والحكم ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، لأنه أفطر بفعله ، فلزمه الاستئناف ، كالأفطر لسفر .

ولنا : أنه أفطر لسبب لا صنع له فيه ، فلم يقطع التتابع ، كإفطار المرأة لحيض ، وما ذكره من الأصل ممنوع . وإن كان المرض غير مخوف ، لكنه يبيح الفطر ، فقال أبو الخطاب : فيه وجهان :

(أحدهما) لا يقطع التتابع ، لأنه مرض أباح الفطر أشبه المخوف .

(والثاني) يقطع التتابع ، لأنه أفطر اختياراً ، فاقطع التتابع ، كالأفطر لغير عذر ، فأما الحامل ، والمرضع ، فإن أفطرتا خوفاً على أنفسهما ، فهما كالمرضى ، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما فقيهما وجهان .

(أحدهما) لا ينقطع التتابع . اختاره أبو الخطاب ، لأنه فطر أبيح لهما بسبب لا يتماق باختيارهما ، فلم ينقطع التتابع ، كالأفطرتا خوفاً على أنفسهما .

(الثاني) ينقطع ، لأن الخوف على غيرهما ، ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء ، وإن أفطر لجنون ، أو إغماء ، لم ينقطع التتابع ، لأنه عذر لا صنع له فيه ، فهو كالحيض .

فصل

٦٢٠٧

وإن أفطر لسفر مبيح للفطر ، فكلام أحمد يحتمل الأمرين وأظهرهما أنه لا يقطع التتابع ، فإنه قال في رواية الأثرم : كان السفر غير المرض . وما ينبغي أن يكون أوكد من رمضان ، وظاهر هذا أنه لا يقطع التتابع ، وهذا قول الحسن ، ويحتمل أن ينقطع به التتابع ، وهو قول مالك ، وأصحاب الرأي ، واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال : فيه قولان ، كالمرض ، ومنهم من يقول : ينقطع التتابع وجهاً واحداً ، لأن السفر يحصل باختياره ، فقطع التتابع ، كالأفطر لغير عذر .

ووجه الأول : أنه فطر لعذر مبيح فقط ، فلم ينقطع به التتابع ، كإفطار المرأة بالحيض ، وفارق الفطر لغير عذر ، فإنه لا يباح ، وإن أكل يظن أن النجر لم يطلع ، وقد كان طلع ، أو أفطر يظن أن الشمس قد غابت ، ولم تغب أفطر . ويتخرج في انقطاع التتابع وجهان :

(أحدهما) لا ينقطع ، لأنه فطر لعذر .

(والثانى) يقطع التتابع ، لأنه بفعل أخطأ فيه فأشبهه ما لو ظن أنه قد أتم الشهرين ، فبان خلافه ، وإن أفطر ناسياً لوجوب التتابع ، أو جاهلاً به ، أو ظناً منه أنه قد أتم الشهرين انقطع التتابع ، لأنه أفطر لجهله بقطع التتابع ، كما لو ظن أن الواجب شهر واحد ، وإن أكره على الأكل ، أو الشرب ، بأن أوجر^(١) الطعام ، أو الشراب لم يفطر . وإن أكل خوفاً ، فقال القاضى : لا يفطر ، ولم يذكر غير ذلك . وفيه وجه آخر : أنه يفطر ، فعلى ذلك هل يقطع التتابع ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يقطعه ؛ لأنه عذر مبيح للفطر ، فأشبهه المرض .

(والثانى) يقطع التتابع ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه أفطر بفعله لعذر نادر .

فصل

٦٢٠٨

وإن أفطر في أثناء الشهرين لغير عذر ، أو قطع التتابع بصوم نذر ، أو قضاء ، أو تطوع ، أو كفارة أخرى لزمه استئناف الشهرين ، لأنه أخل بالتتابع للمشروط ، ويقع صومه عمداً نواه ، لأن هذا الزمان ليس بمستحق متعين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره ، بخلاف شهر رمضان ، فإنه متعين ، لا يصلح لغيره وإذا كان عليه صوم نذر غير معين أخره إلى فراغه من الكفارة ، وإن كان متعيناً في وقت بعينه أخر الكفارة عنه ، أو قدمها عليه ، إن أمكن ، وإن كانت أياماً من كل شهر ، كيوم الخميس ، أو أيام البيض قدم الكفارة عليه ، وقضاء بعدها ، لأنه لو وفى بنذره لانقطع التتابع ، ولزمه الاستئناف ، فيفيض إلى أن لا يتمكن من التكفير ، والنذر يمكن قضاؤه ، فيكون هذا عذراً في تأخير كالمريض .

مسألة

٦٢٠٩

قال : (وإن أصابها في ليالى الصوم أفسد ماضى من صيامه ، وابتدأ الشهرين) .

وهذا قال مالك ، والثورى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الراى ، لأن الله تعالى قال : (فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا) فأمر بهما خاليتين عن وطء ، ولم يأت بهما على ما أمر ، فلم يجزئه ، كما لو وطئ نهاراً ، ولأنه تحريم للوطء لا يختص النهار ، فاستوى فيه الليل ، والنهار كالاغتصاب ، وروى الأثرم عن أحمد : أن التتابع لا ينقطع بهذا ، ويبنى . وهو مذهب الشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر ،

(١) أوجر الطعام : وضع الطعام أو الشراب في فمها عنه .

لأنه وطء لا يُبطل الصوم فلا يوجب الاستئذان ، كوطء غيرها ، ولأن التتابع في الصيام عبارة عن إتباع صوم يوم للذي قبله ، من غير فارق ، وهذا متحقق ، وإن وطئ ليلاً ، وارتكاب النهي في الوطء قبل إتمامه إذا لم يُخَلَّ بالتتابع المشترط لا يمنع صحته ، وإجزائه كالأول وطئ قبل الشهرين ، أو وطئ ليلة أول الشهرين ، وأصبح صائماً ، والإنيان بالصيام قبل التماس في حق هذا لا سبيل إليه ، سواء بنى ، أو استأنف .

وإن وطئها أو وطئ غيرها في نهار الشهرين عامداً أفطر ، وانقطع التتابع إجماعاً ، إذا كان غير معذور ، وإن وطئها ، أو وطئ غيرها نهاراً ناسياً أفطر ، وانقطع التتابع في إحدى الروايتين ، لأن الوطء لا يُعذر فيه بالنسيان ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا يفطر ، ولا ينقطع التتابع . وهو قول الشافعي وأبي ثور ، وابن المنذر ، لأنه فعل المفطر ناسياً . أشبهه ما لو أكل ناسياً ، وإن أبيح له الفطر لعذر ، فوطئ غيرها نهاراً لم ينقطع التتابع ، لأن الوطء لا أثر له في قطع التتابع . وإن وطئها كان كوطئها ليلاً هل ينقطع التتابع ؟ على وجهين ، وإن وطئ غيرها ليلاً لم ينقطع التتابع ، لأن ذلك ليس بمحرم عليه ، ولا هو يُخَلَّ بإتباع الصوم الصوم فلم ينقطع التتابع ، كالأكل ليلاً ، وليس في هذا اختلاف فعلمه ، وإن لمس المظاهر منها ، أو باشرها ، دون الفرج ، على وجه يفطر به قطع التتابع ، لإخلاله بموالاتة الصيام وإلا فلا ينقطع ، والله أعلم .

مسألة

٦٢١٠

قال : ﴿ فإن لم يستطع إطعام ستين مسكيناً ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة ، ولم يستطع الصيام أن فرضه إطعام ستين مسكيناً ، على ما أمر الله تعالى في كتابه ، وجاء في سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ، سواء عجز عن الصيام لكبر ، أو مرض يُخاف بالصوم تباطؤه ، أو الزيادة فيه ، أو الشَّبَقُ ، فلا يصبر فيه عن الجماع ، فإن أوس بن الصامت لما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصيام قالت امرأته : « يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ مَا بِهِ مِنْ صِيَامٍ ، قَالَ : فَلْيُطْعِمِ سِتِينَ مِسْكِينًا » . ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال : « وَهَلْ أَصَبْتُ الَّذِي أَصَبْتُ الْإِمْنِ الصِّيَامَ » ؟ قال : « فَأُطْعِمِ » فنقله إلى الإطعام لما أخبر أن به من الشَّبَقِ والشَّهْوَةِ ما يمنعه من الصيام ، وقسنا على هذين ما يشبههما في معناهما ، ويجوز أن ينتقل إلى الإطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وإن كان مرجو الزوال لدخوله في قوله سبحانه وتعالى : (فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِينَ مِسْكِينًا) ولأنه لا يعلم أن له نهاية ، فأشبهه الشَّبَقُ . ولا يجوز أن ينتقل لأجل السفر ، لأن السفر لا يعجزه عن الصيام ، وله نهاية ينتهي إليها ، وهو من أفعاله الاختيارية ، والواجب في الإطعام إطعام ستين مسكيناً لا يُجزئه أقل من ذلك ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لو أطعم مسكيناً واحداً في ستين يوماً

أجزأه ، وحكاه القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد ، لأن هذا المسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة ، فجاز أن يُعطى منها كالיום الأول .

ولنا : قول الله تعالى : (فَأِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا) وهذا لم يُطعم إلا واحداً ، فلم يمتثل الأمر ولأنه لم يُطعم ستين مسكيناً ، فلم يجزئه ، كالأمر دفعها إليه في يوم واحد . ولأنه لو جاز الدفع إليه في أيام لجاز في يوم واحد ، كالزكاة ، وصدقة الفطر ، يُحقق هذا أن الله أمر بعدد المساكين ، لا بعدد الأيام ، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين . والمعنى في اليوم الأول : أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة ، وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها ، وأخذ منها قوت يومه ، فلم يجز أن يدفع إليه في اليوم الثاني ، كالأمر أوصى إنسان بشيء لستين مسكيناً .

مسألة

٦٢١١

قال : (لكل مسكين مد من بُرٍّ ، أو نصف صاع من تمر ، أو شعير) .
وجملة الأمر : أن قدر الطعام في الكفارات كلها مد من بُرٍّ ، لكل مسكين ، أو نصف صاع من تمر ، أو شعير ، وممن قال مد بُرٍّ : زيد بن ثابت ، وابن عباس ، وابن عمر حكاه عنهم الإمام أحمد .
ورواه عنهم الأثرم ، وعن عطاء ، وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار : أدركت الناس إذا أعطوا في كفارة اليمين مداً من حنطة بالمد الأصغر مد النبي ﷺ ، وقال أبو هريرة : يُطعم مداً من أى الأنواع كان : وبهذا قال عطاء ، والأوزاعي ، والشافعي لما روى أبو داود بإسناده ، عن عطاء ، عن أوس بن أخى عبادة بن الصامت : « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه - يبنى للظاهر - خمسة عشر صاعاً من شعير إطعام ستين مسكيناً » . وروى الأثرم بإسناده ، عن أبي هريرة في حديث الجامع في رمضان : « أن النبي ﷺ أتى بقرق فيه خمسة عشر صاعاً ، فقال : خذوه وأصدق به » وإذا ثبت في الجامع بالخبر ثبت في المظاهر بالقياس عليه ، ولأنه إطعام واجب ، فلم يختلف باختلاف أنواع الخرج كالفطرة وفدية الأذى ، وقال مالك : لكل مسكين مدان من جميع الأنواع ، وممن قال مدان من قمح : مجاهد ، وعكرمة ، والشعبي ، والنخعي ، لأنها كفارة تشتمل على صيام ، وإطعام ، فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الأذى ، وقال الثوري : وأصحاب الرأي من القمح مدان ، ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين ، لقول النبي ﷺ في حديث سلمة بن صخر : « فَأُطْعِمُ وَسَقَا مِنْ تَمْرٍ » رواه الإمام أحمد في المسند ، وأبو داود ، وغيرهما ، وروى الخلال بإسناده ، عن يوسف بن عبد الله بن سلام ، عن خويلد ، فقال لي رسول الله ﷺ : « فَلْيُطْعِمُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ، وَسَقَا مِنْ تَمْرٍ » . وفي رواية أبي داود : « وَالْعَرَقُ سِتُّونَ صَاعًا » . وروى ابن ماجه بإسناده ، عن ابن عباس قال : « كَفَّرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ وَأَمَرَ النَّاسَ : فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَنَصِيفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » . وروى

وروى الأثرم بإسناده عن عمر رضى الله عنه قال : « أَطْعِمُ عَنِّي صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » . ولأنه إطعام للمساكين ، فكان صاعاً من التمر ، والشعير ، أو نصف صاع من بُرٍّ كصدقة الفطر .

ولنا : ماروى الإمام أحمد : حدثنا إسماعيل ، حدثنا أيوبُ عن أبي يزيد المدني ، قال : « جاء امرأة من بنى بَيَاضَةَ بِنِصْفِ وَسْقٍ شَعِيرٍ ، فقال النبي ﷺ للظاهر : أَطْعِمُ هَذَا ، فَإِنْ مَدَى شَعِيرٌ مَكَانَ مُدْبُرٍ » وهذا نص ، ويدل على أنه مدبرٌ : أنه قول زيد ، وابن عباس وابن عمر ، وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً ، وعلى أنه نصف صاع من التمر ، والشعير ماروى عطاء ابن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تَلَوْتَ أَمْرًا أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ : « أَذْهَبِي إِلَى فُلَانِ الْأَنْصَارِيِّ فَإِنَّ عِنْدَهُ شَطْرَ وَسْقٍ مِنْ تَمْرٍ ، أَخْبِرْنِي أَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ ، فَلَتَأْخُذْ بِهِ ، فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ عَلَى سِتِّينَ مِسْكِينًا » . وفي حديث أوس بن الصامت : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنِّي سَأَعِينُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ . قُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَإِنِّي سَأَعِينُهُ بِعَرَقٍ آخَرَ . قَالَ : لَقَدْ أَحْسَنْتِ ، أَذْهَبِي فَأَطْعِمِي بِهَا عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ، وَارْجِعِي إِلَى ابْنِ عَمِّكَ » وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ : « الْعَرَقُ زَنْبِيلٌ يَأْخُذُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا » فَعَرَقَانِ يَكُونَانِ ثَلَاثِينَ صَاعًا ، لِكُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ ، وَلِأَنَّهَا كَفَّارَةٌ تَشْتَمِلُ عَلَى صِيَامٍ ، وَإِطْعَامٍ ، فَكَانَ لِكُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ مِنَ التَّمْرِ ، وَالشَّعِيرِ كَفِذِيَّةً الْأَذَى . فَأَمَّا رَوَايَةُ أَبِي دَاوُدَ : « أَنَّ الْعَرَقَ سِتُّونَ صَاعًا » فَقَدْ ضَعَفَهَا ، وَقَالَ : غَيْرُهَا أَصَحُّ مِنْهَا . وَفِي الْحَدِيثِ مَا بَدَلَ عَلَى الضَّعْفِ . لِأَنَّ ذَلِكَ فِي سِيَاقِ قَوْلِهِ : « إِنِّي سَأَعِينُهُ بِعَرَقٍ ، فَقَالَتْ امْرَأَتُهُ : إِنِّي سَأَعِينُهُ بِعَرَقٍ آخَرَ ، قَالَ : فَأَطْعِمِي بِهَا عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِينًا » . فَلَوْ كَانَ الْعَرَقُ سِتِّينَ صَاعًا ، لَكَانَتِ الْكَفَّارَةُ مِائَةً وَعِشْرِينَ صَاعًا ، وَلَا قَائِلَ بِهِ .

وأما حديث الجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعاً ، فقال : « تَصَدَّقْ بِهِ » فيحتمل أنه اقتصر عليه إذ لم يجد سواه ، ولذلك لما أخبره بحاجته إليه أمره بأكله . وفي الحديث المتفق عليه : « قَرِيبٌ مِنْ عِشْرِينَ صَاعًا » . وليس ذلك مذهباً لأحمد ، فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواه . وحديث أوس بن أخى عبادة مرسل ، يرويه عنه عطاء ، ولم يذكره ، على أنه حُجَّةٌ لَنَا ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ عَرَقًا ، وَأَعَانَتْهُ امْرَأَتُهُ بِآخَرٍ ، فَصَارَا جَمِيعًا ثَلَاثِينَ صَاعًا ، وَسَائِرُ الْأَخْبَارِ نَجْمٌ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَخْبَارِنَا بِحَمْلِهَا عَلَى الْجَوَازِ ، وَأَخْبَارُنَا عَلَى الْإِجْزَاءِ . وَقَدْ مَضَى هَذَا أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَاوَى بِمَضَاهَا ، وَمَذْهَبُهُ أَنَّ الْمَدَّةَ مِنَ الْبُرِّ يَحْزَى ، وَكَذَلِكَ أَبُو هُرَيْرَةَ ، وَسَائِرُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَخْبَارِ مَعَ الْإِجْمَاعِ الَّذِي نَقَلَهُ سُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٦٢١٢

فصل

وبقى الكلام فى الإطعام فى أمور ثلاث : كَيْفِيَّتُهُ ، وَجِنْسُ الطَّعَامِ ، وَمُسْتَحَقُّهُ . فَأَمَّا كَيْفِيَّتُهُ : فظاهر المذهب أن الواجب تملك كلِّ إنسان من المساكين القدر الواجب له عن الكفَّارة ، ولو غَدَى المساكين ، أو عَشَّاهم لم يجزئه ، سواء فعل ذلك بالقدر الواجب ، أو أقلَّ ، أو أكثر ، ولو غَدَى كلَّ واحدٍ بمدة لم يجزئه إلاَّ أن يملكه إِيَّاه . وهذا مذهبُ الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم ، وهو قول النخعي ، وأبى حنيفة ، وأطعم أنس فى فدية الصيام . قال أحمد : أطعمَ شَيْئًا كَثِيرًا وَصَنَعَ الْجَفَانَ . وذكر حديث حماد بن سلمة ، عن ثابت ، عن أنس ، وذلك لقول الله تعالى : (فَأِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا) وهذا قد أطعمهم . فينبغى أن يجزئه ، ولأنه أطعم المساكين ، فاجزأه كما لو ملكهم .

ولنا : أن المنقول عن الصحابة إعطاؤهم ، فى قول زيد ، وابن عباس ، وابن عمر ، وأبى هريرة مدَّ لكلِّ فقير . وقال النبىُّ ﷺ : «لِكُفِّ فِدْيَةِ الْأَذَى «أَطْعِمِ ثَلَاثَةَ أَصْعَابٍ مِنْ تَمْرٍ بَيْنَ سِتِّينَ مَسْكِينًا» ولأنه مال وجب للفقراء شرعاً ، فوجب تملكهم إِيَّاه ، كالزكاة . فإن قلنا : يجزئ اشتراط أن يُغَدِّيهم بِسِتِّينَ مَدًّا فَصَاعِدًا ، ليكون قد أطعمهم قدر الواجب . وإن قلنا : لا يجزئه أن يغدِّيهم فَقَدَّمْ إِلَيْهِمْ سِتِّينَ مَدًّا ، وقال : هذا بينكم بالسوية ، فقبلوه أجزاء ، لأنه ملكهم التصرف فيه ، والانتفاع قبل القسمة . وهذا ظاهر مذهب الشافعى .

وقال أبو عبد الله بن حامد : يجزئه ، وإن لم يقل بالسوية ، لأنَّ قوله : خذوها عن كفَّارتى يقتضى التسوية . لأنَّ ذلك حكمها . وقال القاضى : إن علم أنه وصل إلى كلِّ واحد قدرُ حقِّه أجزاء ، وإن لم يعلم لم يجزئه . لأنَّ الأصلَ شغلَ ذمَّته ، ما لم يعلم وصول الحقِّ إلى مستحقِّه . ووجه الأول أنه دفع الحقَّ إلى مستحقِّه مُشَاعًا فقبلوه ، فبرىء منه ، كدبون غُرْمائه .

٦٢١٣

فصل

ولا يجب التتابع فى الإطعام نصٌّ عليه أحد فى رواية الأثرم . وقيل له : تكون عليه كفَّارة يمين ، فيطعم اليوم واحداً ، وآخرَ بعد أيام وآخرَ بعد حتى يستكمل عَشْرَةً ؟ فلم ير بذلك بأساً . وذلك لأنَّ الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ، ولو وطئ فى أثناء الإطعام لم تلزمه إعادة ما مضى منه . وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : يستأنف لأنه وطئ فى أثناء كفَّارة الظَّهَار فوجب الاستئناف كالصيام .

ولنا : أنه وطئ فى أثناء مالا يشترط التتابع فيه ، فلم يوجب الاستئناف كوطئ غير المظاهر منها ، أو كالوطئ فى كفَّارة اليمين ، وبهذا فارق الصيام .

مسألة

٦٢١٤

قال ﴿ولو أعطى مسكيناً مدين من كفارتين في يوم واحدٍ جزءاً في إحدى الروایتين﴾ .
وهذا مذهب الشافعي ، لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب ، فأجزأ كما لو دفع إليه المدين في يومين . والأخرى : لا يُجزئه ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه استوفى قرت يوم من كفارة ، فلم يُجزئه الدفع إليه ثانياً في يومه ، كما لو دفعهما إليه من كفارة واحدة . فعلى هذه الرواية يُجزئه عن إحدى الكفارتين ، وهل له الرجوع في الأخرى ؟ ينظر ، فإذا كان أعلمه أنها عن كفارة فله الرجوع ، وإلا فلا ، ويتخرج أن لا يرجع بشيء على ما ذكرناه في الزكاة . والرواية الأولى أقيس ، وأصح ، فإن اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الأيتام ، ولو دفع إليه ذلك في يومين أجزاء ، ولأنه لو كان الدافع اثنين أجزاء عنهما ، فكذا ذلك إذا كان الدافع واحداً ، ولو دفع ستين مديناً إلى ثلاثين فقيراً من كفارة واحدة أجزاء من ذلك ثلاثون ، ويُطعم ثلاثين آخرين ، وإن دفع الستين من كفارتين أجزاء ذلك ، على إحدى الروایتين ، ويُجزىء في الأخرى عن الثلاثين .

(الأمر الثاني) أن الجزىء في الإطعام ما يُجزىء في الفطرة ، وهو البرء ، والشمير ، والتمر ، والزبيب ، سواء كانت قوته ، أو لم تكن ، وما عداها فقال القاضي : لا يُجزىء إخراجُه ، سواء كان قوت بلده ، أو لم يكن ، لأن الخبر ورد بإخراج هذه الأصناف ، على ما جاء في الأحاديث التي رويناها ، ولأنه الجنس المخرج في الفطرة . فلم يُجزىء غيره ، كما لو لم يكن قوت بلده ، وقال أبو الخطّاب : عندي أنه يُجزئه الإخراج من جميع الحبوب التي هي قوت بلده ، كالذرة ، والدخن ، والأرز ، لأن الله تعالى قال (مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ) وهذا مما يُطعمه أهله ، فوجب أن يُجزئه بظاهر النص . وهذا مذهب الشافعي فإن أخرج غير قوت بلده أجود منه ، فقد زاد خيراً ، وإن كان أنقص لم يُجزئه وهذا أجود .

فصل

٦٢١٥

والأفضل عند أبي عبد الله إخراج الحب ، لأنه يخرج به من الخلاف ، وهي حالة ، كماله ، لأنه يُدخّر فيها ، وينتهي لمنافعه كلها ، بخلاف غيره ، فإن أخرج دقيقاً جاز ، لكن يزيد على قدر المدّة قدراً يبلغ المدّة حباً ، أو يُخرجه بالوزن ، لأن الحب ربيعاً فيكون في مكيال الحب أكثر مما في مكيال الدقيق .

قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : فيعطى البرء ، والدقيق ؟ فقال : أما الذي جاء فالبرء ، ولكن إن

أعطاهم الدقيق بالوزن جاز ، وقال الشافعي ، لا يُجزى ، لأنه ليس بحال الكمال ، لأجل ما يقوت به من وجوه الانتفاع ، فلم يُجز كالهريسة .

ولنا : قول الله تعالى (فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ)^(١) والدقيق من أوسط ما يطعمه أهله ، ولأن الدقيق أجزاء الحنطة ، وقد كفاهم مؤنته ، وطحنه ، وهيئه ، وقربه من الأكل ، وفارق الهريسة ، فإنها تتلف على قرب ، ولا يمكن الانتفاع بها في غير الأكل في تلك الحال ، بخلاف مسألتنا ، وعن أحمد في إخراج الخبز روايتان .

(إحداهما) يُجزى ، اختارها الخرقى ، ونص عليه أحمد في رواية الأثرم ، فإنه قال : قلت لأبي عبد الله : رجل أخذ ثلاثة عشر رطلاً ، وثلاثاً دقيقاً ، وهو كفارة اليمين ، فخبزه للمساكين ، وقسم الخبز على عشرة مساكين ، أيجزئه ذلك ؟ قال : ذلك أعجب إلى ، وهو الذي جاء فيه الحديث أن يُطعمهم مُدْبِرٌ ، وهذا إن فعل فأرجو أن يُجزئه ، قلت : إنما قال الله (فَأِطْعِمُوا عَشْرَةَ مَسْكِينٍ) فهذا قد أطعم عشرة مساكين ، وأوفاهم المد ، قال : أرجو أن يُجزئه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، ونقل الأثرم في موضع آخر : أن أحمد سأل رجل عن الكفارة ، قال : أطعمهم خُبْزاً ، وتمراً ، قال : ليس فيه تمر ، قال : فخبز . قال : لا ، ولكن بُرّاً ، أو دقيقاً بالوزن ، رطلٌ وثلاث ، لكل مسكين ، فظاهر هذا أنه لا يُجزئه ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه خرج عن حالة الكمال والادخار فأشبهه الهريسة ، والأول أحسن ، لأن الله تعالى قال (فَأِطْعِمُوا عَشْرَةَ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ) وهذا من أوسط ما يطعم أهله ، وليس الادخار مقصوداً في الكفارة ، فإنها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه ، فيدل ذلك على أن المقصود كفايته في يومه ، وهذا قد هيئه للأكل المعتاد للاقتيات ، وكفاهم مؤنته ، فأشبهه ما لو تقي الحنطة وغسلها .

وأما الهريسة ، والكبولاء^(٢) ، ونحوهما ، فلا يُجزى لأنهما خرجا عن الاقتيات المعتاد إلى حيز الإدام ، وأما السويق فالصحيح أنه لا يُجزى لذلك ، ويحتمل أن يُجزى لأنه يُقتات في بعض البلدان ، ولا يُجزئه من الخبز ، والسويق أقل من شيء يعمل من مد ، فإن أخذ مد حنطة ، أو رطلاً وثلاثاً من الدقيق ، وصنمه خبزاً أجزأه ، وقال الخرقى يجزئه رطلان .

قال القاضي : المد يحى منه رطلان ، وذلك لأن الغالب أن رطلين من الخبز لا تكون إلا من مد وذلك بالرطل الدمشقي خمس أواق ، وأقل من خمس أوقية ، وهذا في النهر ، فأما إن كان المخرج من السمير فلا يُجزئه إلا ضعف ذلك على ما قررناه .

(٢) الكبولاء : العصيدة .

(١) بعض الآية ٨٩ من سورة المائدة .

فصل

٦٢١٦

ولا تجزئ القيمة في الكفارة ، نقلها الميموني ، والأثرم ، وهو مذهب الشافعي ، وخرج بعض أصحابنا من كلام أحد رواة أخرى : أنه يُجزئه ، وهو ما روى الأثرم ، أن رجلاً سأل أحمد ، قال : أُعْطِيتُ فِي كَفَّارَةِ خَمْسَةِ دَوَانِيْقَ ؟ فقال : لَوْ اسْتَشْرَيْتَنِي قَبْلَ أَنْ تُعْطِيَ لَمْ أَشِرْ عَلَيْكَ وَلَكِنْ أُعْطِيَ عَلَى مَا بَقِيَ مِنَ الْأَثْمَانِ عَلَى مَا قُلْتُ لَكَ ، وسكت عن الذي أعطى ، وهذا ليس برواية ، وإنما سكت عن الذي أعطى ، لأنه مختلف فيه ، فلم ير التضييق عليه فيه .

(الأمر الثالث) أن مستحقي الكفارة هم المساكين الذين يُعْطَوْنَ من الزكاة ، لقول الله تعالى : (فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا) والمقراء يدخلون فيهم . لأن فيهم المسكنة ، وزيادة ، ولا خلاف في هذا ، فأما الأغنياء فلا حق لهم في الكفارة ، سواء كانوا من أصناف الزكاة ، كالغزاة ، والمؤلفة ، أو لم يكونوا لأن الله تعالى خص بها المساكين . واختلف أصحابنا في المكاتب ، فقال القاضي في المجرد ، وأبو الخطاب في الهداية : لا يجوز دفعها إليه . وهو مذهب الشافعي ، وقال الشريف أبو جعفر : وأبو الخطاب في مسائلهما : يجوز الدفع إليه ، وهو مذهب أبي حنيفة ، وأبي ثور ، لأنه يأخذ من الزكاة ، لحاجته ، فأشبهه المسكين .

وجه الأول : أن الله تعالى خص بها المساكين ، والمكاتبون صنف آخر ، فلم يجز الدفع إليهم ، كالغزاة ، والمؤلفة . ولأن الكفارة قُذِرَتْ بِقُوتِ يَوْمٍ ، لكل مسكين ، وصرفت إلى من يحتاج إليها للاقتيات ، والمكاتب لا يأخذ لذلك ، فلا يكون في معنى المسكين ويفارق الزكاة . فإن الأغنياء يأخذون منها ، وهم الغزاة ، والعاملون ، عليها ، والمؤلفة ، والغارمون ، ولأنه غني بكسبه ، أو بسيده ، فأشبهه العامل ، ولا خلاف بينهم في أنه لا يجوز دفعها إلى عبد ، لأن نفقته واجبة على سيده ، وليس هو من أصناف الزكاة ، ولا إلى أم ولد ، لأنها أمة نفقتها على سيدها ، وكسبها له ، ولا إلى من تلزمه نفقته . وقد ذكرنا ذلك في الزكاة ، وفي دفعها إلى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة إليه .

ولا يجوز دفعها إلى كافر . وبهذا قال الشافعي ، وخرج أبو الخطاب وجهاً في إعطائهم ، بناء على الرواية في إعطائهم وهو قول أبي ثور ، وأصحاب الرأي . لأن الله تعالى قال : (فَإِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ) وأطلق ، فيدخلون في الإطلاق .

ولنا : أنه كافر ، فلم يجز الدفع إليه ، كمساكين أهل الحرب ، وقد سلمه أصحاب الرأي ، والآية مخصوصة بأهل الحرب ، فنقيس عليهم سائر الكفار ، ويجوز صرفها إلى الصغير ، والكبير ، إن كان من يأكل الطعام ، وإذا أراد صرفه إلى الصغير ، فإنه يدفعه إلى وليه بقبض له ، فإن الصغير لا يصح منه

القبض . فأما من لا يأكل الطعام ، فظاهر كلام الخرقى أنه لا يجوز الدفع إليه ، لأنه لا يأكله ، فيكون بمنزلة دفع القيمة . وقال أبو الخطاب : يُجْزَى ، لأنه مسكين يدفع إليه من الزكاة ، فأشبهه الكبير . وإذا قلنا : يجوز الدفع إلى المسكين جاز للسيد الدفع من كفارته إلى مكاتبه ، لأنه يجوز أن يدفع إليه من زكاته .

فصل

٦٢١٧

ويجوز دفع الكفارة إلى مَنْ ظاهره الفقر ، فإن كان غنياً فهل تجزئه ؟ فيه وجهان بناءً على الروایتين في الزكاة ، وإن كان كافراً ، أو عبداً لم تجزئه وجهاً واحداً .

مسألة

٦٢١٨

قال : (ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبني ، وكذلك إن ابتدأ من أول ذى الحجة ، أفطر يوم النحر ، وأيام التشريق ، وبني على ماضى من صيامه) .

وجملة ذلك : أنه إذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصبح صومه عن الكفارة ، مثل أن يبتدىء الصوم من أول شعبان ، فيمتلئه رمضان ، ويوم الفطر ، أو يبتدىء من ذى الحجة ، فيمتلئه يوم النحر ، وأيام التشريق ، فإن التتابع لا يقطع بهذا ، ويبنى على ماضى من صيامه . وقال الشافعى : ينقطع التتابع ، ويلزمه الاستئناف ، لأنه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه ، فأشبهه إذا أفطر بغير ذلك ، أو صام عن نذر ، أو كفارة أخرى .

ولنا : أنه زمن منه الشرع عن صومه في الكفارة ، فلم يقطع التتابع ، كالحيض ، والنفاس . فإن قال : والحيض ، والنفاس ، غير ممكن التحرز منه . قلنا : قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا يبتدىء الصوم في حال الحمل ، ومن الحيض إذا كان طهرها يزيد على الشهرين ، بأن يبتدىء الصوم عقب طهرها من الحيضة ، ومع هذا فإنه لا يقطع التتابع ، ولا يجوز للأموم مفارقة إمامه لغير عذر ، ويجوز أن يدخل معه المسبوق في أثناء الصلاة ، مع علمه بلزوم مفارقتها قبل إتمامها ، ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه بصومها عن الكفارة ، ولا يفطر إلا يوم النحر وحده ، فعلى هذا إن أفطرها استأنف ، لأنها أيام أمكنه صيامها في الكفارة ، ففطرها يقطع التتابع كغيرها .

إذا ثبت هذا فإنه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان أجزاء صوم شعبان عن شهر ، ناقصاً كان أو تاماً ، وأما سؤال فلا يجوز أن يبدأ به من أوله . لأن أوله يوم الفطر ، وصومه حرام ، فيشرع في صومه من اليوم الثانى ، ويقم شهراً بالعدد ثلاثين يوماً ، وإن بدأ من أول ذى الحجة إلى آخر الحرم قضى أربعة أيام ، وأجزأه ، لأنه بدأ بالشهرين من أولهما ، ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم

الفطر ، وصحّ صوم بقية الشهر ، وصوم ذى القعدة ، ويحتسب له بذى القعدة ناقصاً ، كان أو تاماً ، لأنه بدأه من أوله ، وأما شوال فإن كان تاماً صام يوماً من ذى الحجة مكان يوم الفطر ، وأجزأه . وإن كان ناقصاً صام من ذى الحجة يومين ، لأنه لم يبدأه من أوله ، وإن بدأ بالصيام من أول أيام التشريق . وقلنا : يصحّ صومها عن الفرض ، فإنه يحتسب له بالحرم ، ويسكل صوم ذى الحجة بتمام ثلاثين يوماً من صفر . وإن قلنا : لا يصحّ صومها عن الفرض صام مكانها من صفر .

فصل

٦٢١٩

ويجوز أن يبتدىء صوم الشهرين من أول شهر ، ومن أثانته لانعلم في هذا خلافاً ، لأن الشهر اسم لما بين الهلالين ، ولثلاثين يوماً ، فأيهما صام فقد أذى الواجب ، فإن بدأ من أول شهر ، فصام شهرين بالأهلة أجزأه ذلك تامين كانا ، أو ناقصين إجماعاً . وبهذا قال الثوري ، وأهل العراق ، ومالك في أهل الحجاز ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وغيرهم ، لأن الله تعالى قال : (فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) وهذان شهران متتابعان ، وإن بدأ من أثناء شهر ، فصام سنتين يوماً أجزأه بغير خلاف أيضاً قال ابن المنذر : أجمع على هذا من تحفظ عنه من أهل العلم . فأما إن صام شهراً بالهلال ، وشهراً بالعدد ، فصام خمسة عشر يوماً من الحرم ، وصفر جميعه ، وخمسة عشر يوماً من ربيع ، فإنه يجزئه سواء كان صفر تاماً أو ناقصاً ، لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة ، لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لعمدته ، ففي الشهر الذي أمكن اعتباره يجب أن يُعتبر ، وهذا مذهب الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وبتوجه أن يقال : لا يُجزئه إلا شهران بالعدد ، لأننا لما ضمنا إلى الخمسة عشر من الحرم خمسة عشر من صفر ، فصار ذلك شهراً صار ابتداء صوم الشهر الثاني من أثناء شهر أيضاً ، وهذا قول الزهري .

فصل

٦٢٢٠

فإن بوى صور شهر رمضان عن الكفارة لم يُجزئه عن رمضان ، ولا عن الكفارة ، وانقطع التتابع حاضراً كان أو مسافراً ، لأنه تخلل صوم الكفارة فطرته غير مشروع ، وقال مجاهد ، وطاوس : يُجزئه عنهما . وقال أبو حنيفة : إن كان حاضراً أجزأه عن رمضان دون الكفارة ، لأن تعيين الذية غير مشروط لرمضان . وإن كان في سفر أجزأه عن الكفارة دون رمضان ، وقال أصحابه : يُجزئ عن رمضان دون الكفارة سفرراً ، وحضراً .

وانما : أن رمضان متعين لصومه مُحَرَّم صومه عن غيره ، فلم يُجزئه عن غيره ، كيومي العيدين ، ولا يُجزئ عن رمضان ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِامْرِءٍ مَّا نَوَى » وهذا مانوى رمضان ، فلا يُجزئه ، ولا فرق بين الحضر ، والسفر ، لأن الزمان مُتَعَيَّن ،

وإنما جاز فطره في السفر رُخْصَةً ، فإذا تكلف وصام رجوع إلى الأصل ، فإن سافر في رمضان المتخَّلَّص
اصوم الكفارة ، وأفطر ، لم ينقطع التتابع ، لأنه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة ، فلم ينقطع التتابع
بفطره كالليل .

مسألة

٦٢٢١

قال : ﴿ وإذا كان المظاهر عبداً لم يكفر إلا بالصيام ، وإذا صام فلا يجزئه إلا شهران متتابعان ﴾ .
قد ذكرنا أن ظاهر العبد صحيح ، وكفارته بالصيام ، لأن الله تعالى قال : (فَمَنْ لَمْ يُجِدْ فُصِيحاً
شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) والعبد لا يستطيع الإعتاق ، فهو كالحرّ المعسر ، وأسوأ منه حالاً ، وظاهر كلام
الخطّابي أنه لا يجزئه غير الصيام ، سواء أذن له سيّده في التكفير بالعتق ، أو لم يأذن ، وخُصّي هذا عن
الحسن ، وأبي حنيفة ، والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى ، إن أذن له سيّده في التكفير بالمال جاز ،
وهو مذهب الأوزاعي ، وأبي نور ، لأنه بإذن سيّده بصير قادراً على التكفير بالمال ، فجاز له ذلك كالحرّ
وعلى هذه الرواية يجوز له التكفير بالإطعام عند العجز عن الصيام ، وهل له العتق ؟ على روايتين :
(إحداهما) لا يجوز ، وخُصّي هذا عن مالك ، وقال : أرجو أن يُجزئه الإطعام ، وأنكر ذلك
ابن القاسم صاحبه ، وقال : لا يُجزئه إلا الصيام ، وذلك لأن العتق يقتضي الولاء ، والولاية ، والإرث ،
وليس ذلك للعبد .

(والرواية الثانية) له العتق ، وهو قول الأوزاعي ، واختارها أبو بكر ، لأنّ مَنْ صحّ تكفيره
بالإطعام صحّ بالعتق ، ولا يمتنع صحة العتق مع انتفاء الإرث ، كما لو أعتق من يخالفه في دينه ، ولأنّ
المقصود بالعتق إسقاط المملكية عن العبد ، وتمليك نفع نفسه ، وخلوصه من ضرر الرق ، وما يحصل من
توابع ذلك ليس هو المقصود ، فلا يمنع من صحته ما يحصل منه المقصود ، لامتناع بعض توابعه .

(ووجه الأولى) أن العبد مال ، لا يملك المال ، فيقع تكفيره بالمال بمال غيره . فلم يجزئه ، كما لو
أعتق عبد غيره عن كفارته ، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه التكفير بالمال ، وإن أذن له سيّده فيه ، لأن
فرضه الصيام ، فلم يلزمه غيره ، كما لو أذن موسرٍ لحرٍّ معسرٍ في التكفير من ماله ، وإن كان عاجزاً عن
الصيام ، فأذن له سيّده في التكفير بما شاء من العتق ، والإطعام ، فإن له التكفير بالإطعام ، لأن من
لا يلزمه الإعتاق مع قدرته على الصيام ، لا يلزمه مع عجزه عنه ، كالحرّ المعسر ، ولأنّ عليه ضرراً في التزام
المنة الكبيرة ، في قبول الرقبة ، ولا يلزم مثل ذلك في الطعام ، لقلة المنّة فيه ، وهذا فيما إذا أذن له سيّده
في التكفير قبل العود ، فإن عاد وجبت الكفارة في ذمته ، ثم أذن له سيّده في التكفير انبني مع ذلك
على أصل آخر ، وهو أن التكفير هل هو معتبر بحالة الوجوب ، أو بأغلظ الأحوال ؟ وسنذكر ذلك
إن شاء الله تعالى ، وعلى كلّ حال فإذا صام لا يجزئه إلا شهران متتابعان ، لدخوله في عموم قوله تعالى :

(فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) ولأنه صوم في كفارة ، فاستوى فيه الحر ، والعبد ككفارة اليمين ، وبهذا قال الحسن ، والشعبي ، والنخعي ، والزهري ، والشافعي ، وإسحاق ، ولا نعلم لهم مخالفاً ، إلا ما روى عن عطاء : أنه لو صام شهراً أجزأه ، وقاله النخعي ، ثم رجع عنه إلى قول الجماعة .

فصل

٦٢٢٢

والاعتبار في الكفارة بحالة الوجوب في أظهر الروايتين ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، لأنه قال : إذا حنث وهو عبد ، فلم يسكّر حتى عتق فعليه الصوم ، لا يجزئه غيره ، وكذلك قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن عبد حلف على يمين ، حنث فيها ، وهو عبد ، فلم يسكّر حتى عتق أبسكّر كفارة حر ، أو كفارة عبد ؟ قال : يسكّر كفارة عبد ، لأنه إنما يسكّر ماوجب عليه يوم حنث ، لا يوم حلف ، قلت له : حلف وهو عبد ، وحنث وهو حر ؟ قال : يوم حنث ، واحتج فقال : أفترى وهو عبد أي ثم أعنت . فإنا نجد جلد العبد ، وهو أحد أقوال الشافعي ، فعلى هذه الرواية يعتبر يساره وإيساره حال وجوبها عليه ، فإن كان موسراً حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه ، فلم يسقط بإيساره بعد ذلك ، وإن كان معسراً ، ففرضه الصوم ، فإذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة .

(والرواية الثانية) الاعتبار بأغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين التكفير ، فحق وجد رقبة فيما بين الوجوب إلى حين التكفير ، لم تجزئه إلا الإعتاق ، وهذا قول ثانٍ للشافعي ، لأنه حق يجب في الذمة بوجود مال ، فاعتبر فيه أغلظ الحالين ، كالحنث ، وله قول ثالث : أن الاعتبار بحالة الأداء . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، لأنه حق له بدل من غير جنسه ، فكان الاعتبار فيه بحالة الأداء ، كالوضوء .

ولنا : أن الكفارة تجب على وجه الطهارة ، فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب ، كالحد ، أو نقول : من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره ، كالعبد إذا أعتق ، ويفارق الوضوء ، فإنه لو تيمم ، ثم وجد الماء بطل تيممه وهما لو صام ، ثم قدر على الرقبة لم يبطل صومه ، وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الأداء ، فإن أداه فعله ، وليس الاعتبار به ، وإنما الاعتبار بأداء الصلاة ، وهي غير الوضوء ، وأما الحج فهو عبادة العمر ، وجميعه وقت لها ، فحق قدر عليه في جزء من وقته وجب ، بخلاف مسألتنا ، ثم يبطل ما ذكره بالعبد إذا أعتق ، فإنه لا يلزمه الانتقال إلى العتق ، مع ما ذكره ، فإن قيل : العبد لم يسكن ممن تجب عليه الرقبة ، ولا تجزئه ، فلما لم تجزئه الزيادة لم تلزمه بتغيير الحال ، بخلاف مسألتنا . قلنا : هذا لا أثر له .

إذا ثبت هذا فإنه إذا أسبر ، فأحب أن ينتقل إلى الإعتاق ، جاز له في ظاهر كلام الخِرَقِيّ ، فإنه قال : ومن دخل في الصوم ، ثم قدر على الهدى ، لم يكن عليه الخروج ، إلا أن يشاء ، وهذا يدل على أنه إذا شاء فله الانتقال إليه ، ويُجزئه إلا أن يكون الحائث عبداً ، فليس له إلا الصوم ، وإن عتق وهو قول الشافعيّ ، على القول الذي توافقنا فيه ، وذلك لأن العتق هو الأصل ، فوجب أن يُجزئه كسائر الأصول ، فأما إن استمر به العجز حتى شرع في الصيام لم يلزمه الانتقال إلى العتق ، بغير خلاف في المذهب ، وهو مذهب الشافعيّ ، وقاعدة ، ومالك ، والأوزاعيّ ، والليث ، والشافعيّ ، وأبي نور ، وابن المنذر ، وهو أحد قولي الحسن ، وذهب ابن سيرين ، وعطاء والنخعيّ ، والحكم ، وحماد ، والثوريّ ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي إلى أنه يلزمه العتق ، لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالمبدل ، فلزمه العودُ إليه ، كالتيمم يجد الماء قبل الصلاة ، أو في أثناءها .

ولنا : أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام ، فلم يسقط عنه كالأمر استمرّ العجز ، إلى بعد الفراغ ، ولا يشبه الوضوء ، فإنه لو وجد الماء بعد التيمم بطل ، وهما بخلافه ، ولأنه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البذل ، فلم يلزمه الانتقال إليه ، كالتيمم يجد الهدى بعد الشروع في صيام السبعة .

فصل

٦٢٢٣

إذا قلنا : الاعتبار بحالة الوجوب ، فوقته في الظاهر زمن العود ، لا وقت الظاهرة ، لأن الكفارة لا تجب حتى يعود ، وقته في البين زمن الحنث ، لا وقت البين ، وفي القتل زمن الزهوق ، لا زمن الجرح ، وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجّل لها قبل وجوبها لوجود سببها ، كتعجيل الزكاة قبل الحول ، وبعد وجود النصاب .

فصل

٦٢٢٤

فإذا كان المظاهر ذمياً ، فتكفيره بالعتق ، أو الإطعام ، لأنه يصحّ منه في غير الكفارة فصّحّ منه فيها ، ولا يجوز بالصيام . لأنه عبادة محضة ، والكافر ليس من أهلها ، ولأنه لا يصحّ منه في غير الكفارة فلا يصحّ منه فيها ، ولا يُجزئه في العتق إلا عتق رقبة مؤمنة ، فإن كانت في ملكه ، أو ورثها أجزاء عنه ، وإن لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة ، لأن الكافر لا يصحّ منه شراء المسلم . ويتعيّن تكفيره بالإطعام ، إلا أن يقول مسلم : أعنتك عبدك عن كفّارتني ، وعلى نعمته ، فيصحّ في إحدى الروايتين ، وإن أسلم الذميّ قبل التكفير بالإطعام ، لحكمه حكم العبد ، بعتق قبل التكفير بالصيام ، على ما مضى ، لأنه في معناه ، وإن ظاهر وهو مسلم ثم ارتدّ فصام في ردّته عن كفّارته لم يصحّ ، وإن كفر بعتق ، أو إطعام ، فقد أطلق أحمد القول : أنه لا يُجزئه ، وقال القاضى : المذهب أن ذلك موقوف ،

فإن أسلم تبيننا أنه أجزأه ، وإن مات ، أو قتل تبيننا أنه لم يصح منه كسائر تصرفاته .

مسألة

٦٢٢٥

قال : (ومن وطئ قبل أن يأتي بالكفارة كان عاصياً ، وعليه الكفارة المذكورة) .

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير ، أقول الله تعالى في المتق والصيام : (مِنْ قَبْلِ أَنْ يَبَاسَا) فإن وطئ عصى ربه ، لخالفه أمره ، واستقر الكفارة في ذمته ، فلا تسقط بعد ذلك بموت ، ولا طلاق ، ولا غيره ، وتحريم زوجته عليه باقي بحاله ، حتى يكفر ، هذا قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، وجابر بن زيد ومورق العجلي ، وأبي مجلز ، والنخعي ، وعبد الله بن أذينة ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي ثور . وروى الخلال عن الصلت بن دينار ، قال : سألت عشرة من الفقهاء عن المظاهر يجامع قبل أن يكفر ؟ قالوا : ليس عليه إلا كفارة ، واحدة : الحسن وابن سيرين ، وبكر المزني ، ومورق العجلي ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، وعكرمة ، وقتادة ، وقيل وكيع : وأظن العاشر نافماً . وحكى عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين . وروى ذلك عن قبيصة ، وسعيد بن جبير ، والزهرى ، وقتادة ، لأن الوطء يوجب كفارة ، والمظاهر موجب للأخرى وقال أبو حنيفة : لا تثبت الكفارة في ذمته ، وإنما هي شرط الإباحة بعد الوطء ، كما كانت قبله ، وحكى عن بعض الناس أن الكفارة ، تسقط ، لأنه فات وقتها ، لسكونها وجبت قبل المسيس .

ولنا : حديث سلمة بن صخر حين ظاهر ، ثم وطئ قبل التكفير ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بكفارة واحدة ، ولأنه وجد المظاهر ، والموء ، فيدخل في عموم قوله : (ثُمَّ يَهُودُونَ لِمَا ظَلَمُوا فَتَجْرِ بِ رُ رَقَبَةٍ) . فأما قولهم : فات وقتها ، فيبطل بما ، ذكرناه وبالصلاة ، وسائر العبادات يجب قضائها بعد فوات وقتها .

مسألة

٦٢٢٦

قال : (وإذا قالت المرأة لزوجها أنت على كظهر أبي لم تسكن مظاهرة ولزمتها كفارة المظاهر لأنها قد أتت بالنكاح من القول والزور) .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا قالت لزوجها : أنت على كظهر أبي ، أو قالت : إن تزوجت فلاناً فهو على كظهر أبي ، فليس ذلك بظهار ، قال القاضي : لا تكون مظاهرة ، رواية واحدة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الزهرى ، والأوزاعي : هو ظاهر ، وروى ذلك عن الحسن ، والنخعي ، إلا أن النخعي قال : إذا قالت ذلك بعد

ما تزوج فليس بشيء ، ولعلهم يحتجّون بأنّها أحد الزوجين ، ظاهر من الآخر ، فسكان مظاهراً كالرجل .
وانما : قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) غصّهم بذلك ، ولأنّه قول يوجب تحريماً
في الزوجة ، يملك لزوج رفعه ، فاخصّ به الرجل ، كالطلاق ، ولأنّ الحلّ في المرأة حقّ للرجل ، فلم تملك
المراة إزالته كسائر حقوقه . إذا ثبت هذا فاختلّف عن أحد في الكفارة ، فنقل عنه جماعة : عليها
كفارة الظهار ، لما روى الأثرم بإسناده عن إبراهيم ، أنّ عائشة بنت طلحة قالت : إن تزوّجت مصعب
ابن الزبير فهو على كظهر أبي ، فسألت أهل المدينة ، فأروا أنّ عليها الكفارة . وروى عليّ بن مسهر
عن الشيباني ، قال : « كُفْتُ جَالِسًا فِي الْمَسْجِدِ أَنَا وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُعْقِلٍ الْمُرِّيُّ فَجَاءَ رَجُلٌ حَتَّى جَلَسَ
إِلَيْنَا فَسَأَلْتُهُ مَنْ أَنْتَ ؟ فَقَالَ : أَنَا مَوْلَى لِعَائِشَةَ بِنْتِ طَلْحَةَ الَّتِي أُعْتَقْتَنِي عَنْ ظَهَارِهَا خَطَبَهَا مُصْعَبُ
ابْنُ الزُّبَيْرِ ، فَقَالَتْ : هُوَ عَلَى كَظْهِرِ أَبِي ، إِنْ تَزَوَّجْتَهُ ، ثُمَّ رَغِبْتَ فِيهِ فَاسْتَفْتِ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى
اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُمْ يَوْمَئِذٍ كَثِيرٌ فَأَمَرُوهَا أَنْ تُعْتِقَ رَقَبَةً وَتَزَوَّجَهُ فَأَعْتَقْتَنِي وَتَزَوَّجْتَهُ » وروى
سميدّ هذين الخبرين مختصرين ، ولأنّها زوج أتى بالمنكر من القول والزور ، فلزمه كفارة الظهار
كلاّخر ، ولأنّ الواجب كفارة يمين ، فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى .

(والرواية الثانية) ليس عليها كفارة وهو قول مالك والشافعي وإسحاق ، وأبي ثور ، لأنّه
قول منكر وزور ، وليس بظهار ، فلم يوجب كفارة كالسبّ والقذف ، ولأنّه قول ليس بظهار ، فلم
يوجب كفارة الظهار ، كسائر الأقوال ، أو تحريم ثمّ لا يصحّ منه الظهار ، فأشبهه الظهار من أمته .

(والرواية الثالثة) عليها كفارة اليمين ، قال أحمد : قد ذهب عطاء مذهباً حسناً ، جمعه بمنزلة من
حرّم على نفسه شيئاً ، مثل الطعام ، وما أشبهه ، وهذا أقيس على مذهب أحمد ، وأشبهه بأصوله ،
لأنّه ليس بظهار ، وبجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار ، بدليل سائر الكذب ،
والظهار قبل العود ، والظهار من أمته وأمّ ولده ، ولأنّه تحريم لا يثبت التحريم في الحلّ ، فلم يوجب
كفارة الظهار ، كتحريم سائر الحلال ، ولأنّه ظهار من غير امرأته ، فأشبهه الظهار من أمته ، وما روى
عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة فيجوز أن يسكون إعتاقها تكفيراً ليمينها ، فإن عتق الرقبة أحد
خصال كفارة اليمين ، ويتميّز حمله على هذا السكون الموجود منها ليس بظهار ، وكلام أحمد في رواية
الأثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار إنّما قال : الأحوط أن تكفر ، وكذا حكمه ابن المنذر ، ولا شكّ
في أنّ الأحوط التكفير بأغلظ الكفارات ، ليخرج من الخلاف ، ولسكن ليس ذلك بواجب عليه ،
لأنّه ليس بمنصوص عليه ، ولا هو في معنى المنصوص ، وإنّما هو تحريم للحلال من غير ظهار ، فأشبهه
مالو حرّم أمته ، أو طعامه ، وهذا قول عطاء والله أعلم .

٦٢٢٧

فصل

وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا يجب عليها ، حتى يطأها ، وهي مطاوعة ، فإن طأها أو مات أحدهما قبل وطئها ، أو أكرهها على الوطء فلا كفارة عليها ، لأنها يمين ، فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها ، كسائر الأيمان ، ولا يجب تقديمها قبل التمسيس . ككفارات سائر الأيمان ، ويجوز تقديمها لذلك ، وعليها تمسكين زوجها من وطئها قبل التكفير لأنه حق له عليها ، فلا يقطع بيمينها ، ولأنه ليس بظهار وإنما هو تحريم للحلال ، فلا يثبت تحريماً ، كما لو حرّم طعامه ، وحكى أن ظاهر كلام أبي بكر أنها لا تمتكنه قبل التكفير إلحاقاً بالرجل . وليس ذلك بجديد ، لأن الرجل الظهار منه صحيح ، ولا يصح ظهار المرأة ، ولأن الحلل حق الرجل فلما رفعه ، والحل حق عليها فلا تملك إزالته ، والله أعلم .

٦٢٢٨

مسألة

قال : ﴿ وإذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفر فكفارة واحدة ﴾ .

هذا ظاهر المذهب ، سواء كان في مجلس ، أو مجالس ، بنوى بذلك التأكيّد أو الاستئناف ، أو أطلق ، نقله عن أحمد جماعة . واختاره أبو بكر ، وابن حامد ، والقاضي ، وروى ذلك عن عليّ رضي الله عنه ، وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والشعبيّ ، والزهرى ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو نور ، وهو قول الشافعيّ القديم ، ونقل عن أحمد فيمن حلف أيماناً كثيرة ، فإن أراد تأكيد اليمين فكفارة واحدة ، فهو منه أنه إن نوى الاستئناف فكفارتان ، وبه قال الثوريّ ، والشافعيّ في الجديد ، وقال أصحاب الرأي : إن كان في مجلس واحد فكفارة واحدة ، وإن كان في مجالس فكفارات وروى ذلك عن عليّ ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، لأنه قولٌ يوجب تحريم الزوجة ، فإذا نوى الاستئناف تعلّق بكلّ مرة حكم حالها ، كالطلاق .

ولنا : أنه قول لم يؤثر تحريماً في الزوجة ، فلم تجب به كفارة الظهار ، كاليمين بالله تعالى : ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريماً ، فإنها قد حرّمت بالقول الأول ، ولم يزد تحريمها ، ولأنه لفظ يتعلّق به كفارة ، فإذا كرّره كفاه واحدة ، كاليمين بالله تعالى ، وأما الطلاق : فما زاد على ثلاثٍ لا يثبت له حكم بالإجماع ، وهذا ينتقض ما ذكره .

وأما الثالثة : فإنها تثبت تحريماً زائداً ، وهو التحريم قبل زوج وإصابة بخلاف الظهار الثاني ، فإنه لا يثبت به تحريم ، فنظيره ما زاد على الطلقة الثالثة ، لا يثبت له حكم ، فكذلك الظهار الثاني . فأما إن كفر عن الأول ، ثم ظاهر لزمته للثاني كفارة ، بخلاف ، لأن الظهار الثاني مثل الأول ، فإنه حرّم الزوجة المحلّة ، فأوجب الكفارة كالأول ، بخلاف ما قبل التكفير .

٦٣٣٩

فصل

والنية شرط في صحة الكفارة ، لقول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » ولأن العتق يقع متبرعاً به ، وعن كفارة أخرى ، أو نذر ، فلم ينصرف إلى هذه الكفارة إلا بنية ، وصفتها أن ينوى العتق ، أو الصيام ، أو الإطعام عن الكفارة . فإن زاد الواجبة كانت تأكيداً ، وإلا أجزأت نيته الكفارة ، وإن نوى وجوبها ، ولم ينو الكفارة لم يجزئه ، لأن الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر ، فوجب تمييزه ، وموضع النية مع التفكير ، أو قبله يسير ، وهذا الذي نص عليه الشافعي . وقال به بعض أصحابه . وقال بعضهم : لا يجزئ حتى يستصحب النية . وإن كانت الكفارة صياماً اشترط نية الصيام عن الكفارة في كل آية ، لقوله عليه السلام : « لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ » . وإن اجتمعت عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها ، وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً .

فعلى هذا : لو كان مظاهراً من أربع نساء ، فأعتق عبداً عن ظهاره أجزأه عن إحداهن ، وحلت له واحدة ، غير معينة ، لأنه واجب من جنس واحد ، فأجزأته نية مطلقه ، كالمطلقة ، فلو كان عليه صوم يومين من رمضان ، وقياس المذهب أن يُقرع بينهما ، فتخرج بالقرعة المحللة منهن ، وهذا قول أبي ثور ، وقال الشافعي : له أن يصرفها إلى أيتهن شاء ، فتحل ، وهذا يفرض إلى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له ، أو محرمة عليه . وإن كان الظهار من ثلاث نسوة ، فأعتق عبداً عن إحداهن ، ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى ، ثم مرض ، فأطعم ستين مسكيناً عن أخرى ، أجزأه ، وحل له الجميع من غير قرعة ، ولا تعيين . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور : يُقرع بينهما ، فمن تقع لها القرعة ، فالعتق لها ، ثم يُقرع بين الباقيتين ، فمن تقع لها القرعة فالصيام لها ، والإطعام عن الثالثة ، لأن كل واحدة من هذه الخصال لو انفردت احتاجت إلى قرعة ، فكذلك إذا اجتمعت .

وأما : أن التكفير قد حصل عن الثلاث ، وزالت حرمة الظهار . فلم يحتج إلى قرعة ، كالمطلقة ، فلو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهن دفعة واحدة . فأما إن كانت الكفارة من أجناس ، كظهار ، وقتل ، وجماع في رمضان ، وعين . فقال أبو الخطاب : لا يفتقر إلى تعيين السبب . وهذا مذهب الشافعي ، لأنها عبادة واجبة ، فلم تنفقر صحة أدائها إلى تعيين سببها ، كالمطلقة من جنس واحد .

وقال القاضي : يحتمل أن يشترط تعيين سببها ، ولا تجزئ نية مطلقه ، وحكاها أصحاب الشافعي ، عن أحد ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنها عبادتان من جنسين ، فوجب تعيين النية لها ، كالمطلقة ، وعليه صوم من قضاء ، ونذر .

فعلى هذا : لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها فكفر كفارة واحدة أجزاء على الوجه الأول
قاله أبو بكر ، وعلى الوجه الثانى ينبغي أن يلزمه التكفير بعدد أسباب الكفارات ، كل واحدة عن سبب
كمن نسي صلاة من يوم ، لا يعلم عيناها ، فإنه يلزمه خمس صلوات ، ولو علم أن عليه صوم يوم ، لا يعلم أمن
قضاء هو أو نذر ؟ لزمه صوم يومين ، فإن كان عليه صوم ثلاثة أيام ، لا يدري أهي من كفارة يمين أو قضاء
أو نذر ؟ لزمه صوم تسعة أيام ، كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث .

فصل

٦٢٣٠

وإذا كانت على رجل كفارتان ، فأعتق عنهما عبيدين ، لم يخل من أربعة أحوال :
(أحدهما) أن يقول : أعتقتُ هذا عن هذه الكفارة ، وهذا عن هذه ، فيجزئه إجماعاً .
(الثانى) أن يقول : أعتقتُ هذا عن إحدى الكفارتين ، وهذا عن الأخرى من غير تعيين فيُنظرُ :
فإن كانا من جنس واحد ، ككفارتى ظهار ، أو كفارتى قتل أجزاء . وإن كانتا من جنسين ، ككفارة
ظهار ، وكفارة قتل خرج على الوجهين في اشتراط تعيين السبب . إن قلنا : بشرط لم يجزئه واحد منهما
وإن قلنا : لا بشرط أجزاء عنهما .

(الثالث) أن يقول : أعتقتُهما عن الكفارتين ، فإن كانتا من جنس واحد أجزاء عنهما ، ويقع كل
واحد عن كفارة . ولأن عُرف الشرع والاستعمال إعتاق الرقبة عن الكفارة . فإذا أطلق ذلك وجب
حملة عليه ، وإن كانتا من جنسين خرج على الوجهين .

(الرابع) أن يعتق كل واحد عنهما جميعاً ، فيكون معتقاً عن كل واحدة من الكفارتين نصف
العبدين ، فينبى ذلك على أصل آخر ، وهو إذا أعتق نصف رقتين عن كفارة ، هل يجزئه أولاً ؟ فعلى
قول الخلق يجزئه ، لأن الأشخاص بمنزلة الأشخاص فيما لا يمنع منه العيب البير ، بدليل الزكاة ،
فإن من ملك نصف ثمانين شاة كانت بمنزلة من ملك أربعين ، ولا تلزم الأنحية ، فإنه يمنع
منه العيب البير .

وقال أبو بكر ، وابن حامد : لا يجزئه ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، لأن ما أسره بصفه إلى
شخص في الكفارة لم يجزُ تفريقه على اثنين كالد في الإطعام ، ولأصحاب الشافعى كهم الذين الوجهين ،
ولهم وجه ثالث : وهو أنه إن كان باقيهما حرّاً جزءاً ، وإلا فلا ، لأنه متى كان باقيهما حرّاً حصل
تكميل الأحكام ، والتصرف ، وخرجه القاضى وجهاً لنا أيضاً ، إلا أن للمعتز عليه أن يقول : إن
تكميل الأحكام ما حصل بعق هذا ، وإنما حصل بإتباعه إلى عتق النصف الآخر ، فلم يجزئه ، فإذا قلنا :
لا يجزى عتق النصفين لم يجزى في هذه المسألة عن شيء من الكفارتين ، وإن قلنا : يجزى ، وكانت

الكفّارتان من جنس أجزأ العتق عنهما ، وإن كانا من جنسين فقد قيل : يخرج على الوجهين ، والصحيح أنه يُجزىء وجهاً واحداً ، لأن عتق النصفين عنهما كعتق عبيدين عنهما .

فصل

٦٢٣١

ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله ، لأن الحكم لا يجوز تقديمه على سببه ، فلو قال لعبد : أنت حرّ الساعة عن ظهاري إن ظهرت عتق ، ولم يُجزئه عن ظهاره إن ظاهر ، لأنه قدّم الكفارة على سببها المختص ، فلم يُجز ، كما لو قدّم كفارة اليمين عليها ، أو كفارة القتل على الجرح ، ولو قال لاسرائته : إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمي لم يُجزّ التكفير قبل دخول الدار ، لأنه تقدّم للكفارة قبل الظهار ، فإن أعتق عبداً عن ظهاره ، ثم دخلت الدار عتق العبد ، وصار مُظاهراً ، ولم يُجزئه ، لأن الظهار معلق على شرط ، فلا يوجد قبل وجود شرطه ، وإن قال لعبد : إن ظهرت فأنت حرّ عن ظهاري ، ثم قال لاسرائته : أنت على كظهر أمي عتق العبد لوجود الشرط ، وهل يُجزئه عن الظهار ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يُجزئه ، لأنه عتق بعد الظهار ، وقد نوى اعتاقه عن الكفارة .

(والثاني) لا يُجزئه ، لأن عتقه مستحقّ بسبب آخر ، وهو الشرط ، ولأن النية لم توجد عند العتق ، والنية عند التعليق لا تجزىء ، لأنه تقدّم لها على سببها ، وإن قال لعبد : إن ظهرت فأنت حرّ عن ظهاري ، فالحكم فيه كذلك ، لأنه تعلّق لعتقه على المظاهرة .

كتاب اللعان

قال رحمه الله تعالى :

وهو مشتق من اللعن ، لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة ، إن كان كاذباً ، وقال القاضي : سُمي بذلك ، لأن الزوجين لا ينفكآن من أن يكون أحدهما كاذباً ، فتحصل اللعنة عليه ، وهي الطرد ، والإبعاد . والأصل فيه قول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ^(١)) الآيات ، وروى سهل ابن سعد الساعدي « أَنَّ عُوَيْمِرَ الْعَجَلَانِي أُنِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَيَقْتُلُهُ فَيَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : قَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ ، فَاذْهَبِ فَانْتَبِهَا . قَالَ سَهْلٌ : فَتَلَاَعْنَا وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَلَمَّا فَرَغَا قَالَ عُوَيْمِرُ : كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أُمْسَكْتُهَا ، فَطَلَقَهَا ثَلَاثًا بِخَضِرَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « متفق عليه ، وروى أبو داود بإسناده ، عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال : « جَاءَ هِلَالُ بْنُ أُمَيَّةَ وَهُوَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ تَابَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ فَجَاءَ مِنْ أَرْضِهِ عِشَاءً فَوَجَدَ عِنْدَ أَهْلِهِ رَجُلًا فَرَأَى بِمِيزَانِهِ وَسَمِعَ بِأَذْنِهِ فَلَمْ يَهْجُهُ حَتَّى أَصْبَحَ ثُمَّ غَدَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي جِئْتُ أَهْلِي ، فَوَجَدْتُ عِنْدَهُمْ رَجُلًا ، فَرَأَيْتُ يَمِينِي وَسَمِعْتُ بِأُذُنِي ، فَيْكْرَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا جَاءَ بِهِ ، وَاسْتَدْتُ عَلَيْهِ فَنَزَلْتُ (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ) الْآيَتِينَ ، كِلَيْهِمَا ، فَسُرِّيَ عَنِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ : أَبْشِرْ يَا هِلَالُ ، فَقَدْ جَمَلَ اللَّهُ لَكَ فَرَجًا وَخَرَجًا . قَالَ هِلَالُ : قَدْ كُنْتُ أَرْجُو ذَلِكَ مِنْ رَبِّي تَبَارَكَ ، وَتَعَالَى .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَرْسَلُوا إِلَيْهَا . فَأَرْسَلُوا إِلَيْهَا . فَتَلَاَهَا عَلَيْهِمَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَذَكَرَهَا ، وَأَخْبَرَهَا : أَنَّ عَذَابَ الْآخِرَةِ أَشَدُّ مِنْ عَذَابِ الدُّنْيَا . فقال هلال : والله لَقَدْ صَدَقْتُ عَلَيْهِمَا . فقالت : كَذَبَ . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لَا عِنُوتَ بَيْنَهُمَا . فقيل لهلال : اشهد ، فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، فلما كانت الخامسة ، قيل : يا هلال ، انتق

(١) بعض الآية ٦ من سورة النور .

الله ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمَوْجِبَةُ الَّتِي تَوْجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ .
 فقال : وَاللَّهِ لَا يُعَذِّبُنِي اللَّهُ عَلَيْهَا كَمَا لَمْ يُجَذِّدْنِي عَلَيْهَا ، فَشَهِدَ الْخَامِسَةَ : أَنْ أَعْتَنَ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ
 الْكَاذِبِينَ ، ثُمَّ قِيلَ لَهَا : اشْهَدِي ، فَشَهِدَتْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ، فَلَمَّا كَانَتِ الْخَامِسَةَ
 قِيلَ لَهَا : اتَّقِي اللَّهَ ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمَوْجِبَةَ الَّتِي تَوْجِبُ عَلَيْكَ
 الْعَذَابَ ، فَتَنَكَّاتٌ سَاعَةً ، ثُمَّ قَالَتْ : وَاللَّهِ لَا أَفْضَحُ قَوْلِي ، فَشَهِدَتْ الْخَامِسَةَ : أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا
 إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ، فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَهُمَا ، وَقَفَى أَنْ لَا يَبْتَئَ لَهَا عَلَيْهِ
 وَلَا قُوَّةَ ، مِنْ أَجْلِ أَنَّهُمَا يَتَفَرَّقَانِ مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ ، وَلَا مَتَوَفًى عَنْهَا ، وَقَالَ : إِنْ جَاءَتْ بِهِ أَصِيبُ^(١)
 أَوْ بَضِيعُ ، أُنْبِجُ^(٢) أَحْمَشُ^(٣) السَّاقِينَ فَهُوَ لِهَلَالٍ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أُورَقُ^(٤) جَمْعُ جُمَالِيَا خَدَّاجِ
 السَّاقِينَ سَابِغِ الْأَلْيَتَيْنِ فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيتَ بِهِ ، فَجَاءَتْ بِهِ أُورَقُ جَمْعُ جُمَالِيَا^(٥) خَدَّاجِ السَّاقِينَ
 سَابِغِ^(٦) الْأَلْيَتَيْنِ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : تَوَلَّاهُ الْإِيمَانُ لَكَ إِنْ كَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ ، قَالَ
 عِكْرَمَةُ : فَكَانَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمِيرًا عَلَى مِصْرَ ، وَمَا يُدْعَى لَأَبٍ ، وَلَئِنْ الزَّوْجُ يُبْتَلَى بِقَذْفِ امْرَأَتِهِ ، لَيَنْفِي
 الْعَارَ ، وَالنَّسَبَ الْفَاسِدَ ، وَتَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، فَعَمِلَ الْأَعْمَانُ بَيِّنَةً لَهُ ، وَلِهَذَا لَمَّا نَزَلَتْ آيَةُ اللَّعَانِ قَالَ النَّبِيُّ
 صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « أَتُبَشِّرُ بِأَهْلَالٍ ، فَقَدْ جَمَلَ اللَّهُ لَكَ فَرَجًا وَخَرَجًا » .

مسألة

٦٢٣٢

قال أبو القاسم رحمه الله : ﴿ وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ الْبَالِغَةَ الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ ، فَقَالَ لَهَا : زَنَيْتِ أَوْ
 يَازَانِيَةَ ، أَوْ رَأَيْتِكَ تَزْنِينَ ، وَلَمْ يَأْتِ بِالْبَيِّنَةِ لَزِمَهُ الْحُدُّ : إِنْ لَمْ يَلْتَمِمْ ، مُسْلِمًا كَانَ ، أَوْ كَافِرًا ، حُرًّا
 كَانَ ، أَوْ عَبْدًا ۝ ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصول :

أحدها

٦٢٣٣

في صفة الزوجين اللذين يصحّ اللعان بينهما . وقد اختلفت الرواية فيهما ، فرؤى أنه

(١) أصيب : تصغير أصيب ، وهو الذي في شعره حرمة يعلوها سواد .

(٢) أنبج : تصغير أنبج ، وهو الذي بين كتفيه وكاهله نتوء وارتفاع .

(٣) أحمش الساقين . دقيقتهم رقيقتهما (٤) أورق : الأورق الذي في لونه بياض إلى سواد ،

وقال ابن الأثير : الأورق الأسمر ، والجعد هو ملبد الشعر متجمعه . (٥) جمالياً : موثق الأعضاء .

قويها كالجلل ، وخدلج : بفتح الخاء والبدال واللام مشددة مع فتحها عظيمهما غليظهما .

(٦) سابغ الأليتين تامهما عظيمهما وليس بنحيفهما .

يصحّ من كلّ زوجين مكلفين ، سواء كانا مسلمين ، أو كافرين ، أو عدلين ، أو فاسقين ، أو محدودين في قذف ، أو كان أحدهما كذلك ، وبه قال سعيد بن المسيّب ، وسليمان بن يسار ، والحسن ، وربيعه ، ومالك ، وإسحاق . قال أحمد في رواية ابن منصور : جميع الأزواج يَلْتَعَنُونَ : الحرّة من الحرّة ، والأمة إذا كانت زوجة ، وكذلك العبد من الحرّة والأمة ، إذا كانت زوجة ، وكذلك المسلم من اليهوديّة ، والنصرانيّة ، وعن أحمد رواية أخرى : لا يصحّ اللعان إلا من زوجين مسلمين ، عدلين ، حرّين ، غير محدودين في قذف ، ورؤى هذا عن الزهريّ ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، وحمّاد ، وأصحاب الرأى ، وعن مكحول : ليس بين المسلم والذميّة لعان ، وعن عطاء ، والنخعيّ في الحدود في القذف : يُضْرَبُ الحَدّ ، ولا يُبْلَغُ ، ورؤى فيه حديث لا يثبت . كذلك قال الشافعيّ ، والساجي . لأن اللعان شهادة ، بدليل قوله سبحانه : (وَلَمْ يَسْكُنْ لَهُمْ شُهَدَاؤُهُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ) فاستثنى أنفسهم من الشهداء ، وقال تعالى : (فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ) فلا يقبل ممن ليس من أهل الشهادة ، وإن كانت المرأة ممن لا يُحَدّ بقذفها ، لم يجب اللعان ، لأنه يُراد لإسقاط الحدّ ، بدليل قوله تعالى : (وَبَدْرًا عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ) ولا حدّ ههنا ، فينتفى اللعان لانتهائه .

وذكر القاضي في المجرد : أن من لا يجب الحدّ بقذفها وهي الأمة ، والذميّة والحدودة في الزنا ، لزوجها لعانها ، لنفي الولد خاصّةً ، وليس له لعانها لإسقاط القذف ، والتزير ، لأن الحدّ لا يجب ، واللعان إتمامٌ يُشرع لإسقاط حدّ أو نفي ولد ، فإذا لم يكن واحد منهما لم يُشرع اللعان .

ولنا : عموم قوله تعالى : (وَالَّذِينَ بَرَّاهُمْ أَزْوَاجُهُمْ) الآية ، ولأنّ اللعان يمين ، فلا يفتقر إلى ما شرطوه ، كسائر الأيمان ، ودليل أنه يمين قول النبي ﷺ : « لَوْ لَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَانٌ » وأنه يفتقر إلى اسم الله تعالى ، ويستوى فيه الذكر والأنثى .

وأما تسميته شهادةً فلقوله في يمينه « أَشْهَدُ بِاللَّهِ » ، فسُمّي ذلك شهادةً ، وإن كان يمينًا كما قال الله تعالى : (إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ أَرْسُولُ اللَّهِ) ولأنّ الزوج يحتاج إلى نفي الولد ، فيُشرع له طريق إلى نفيه ، كما لو كانت امرأته ممن يحّد بقذفها . وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة . وما يخالفها شاذّ في النقل .

وأما قول الخُرقيّ : إذا قذف زوجته البالغة الحرّة المسلمة . فيحتمل أنه شرط هذا لوجوب الحدّ عليه ، لالنفي اللعان . ويحتمل أن يكون هذا شرطاً عنده في المرأة ، لتسكون ممن يجب عليه الحدّ بقذفها ، فينفيه باللعان ، ولا يشترط في الزوج شيء من ذلك ، لأن الحدّ يجب عليه بقذف المُحصنة ، وإن كان ذميّاً ، أو فاسقاً . فأما قوله : مُسْلِمًا كان أو كافراً . ففيه نظر ، لأنه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة ، والكافر لا يكون زوجاً لمسلمة ، فيحتاج إلى تأويل لفظه بحمله على أحد شيئين :

(أحدهما) أنه أراد أن الزوج يلاعن زوجته ، وإن كان كافراً ، فردّ ذلك إلى اللعان لا إلى الحدّ .
(الثاني) أنه أراد ما إذا أسلمت زوجته ففقدتها في عدتها ، ثم أسلم الزوج ، فإنه يُلاعن .

فصل

٦٢٣٤

ولا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها ، أو غير مدخول بها ، في أنه يُلاعنها . قال ابن المنذر :
أُجمع على هذا كلّ من نحفظ عنه من علماء الأمصار ، منهم عطاء ، والحسن ، والشعبي ، والنخعي ،
وعمر بن دينار ، وقتادة ، ومالك ، وأهل المدينة والثوري ، وأهل العراق ، والشافعي بظاهر قول الله
تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) . فإن كانت غير مدخول بها ، فلها نصف العداق ، لأنها فرقة منه ،
كذلك قال الحسن ، وسعيد بن جبير ، وقتادة ، ومالك ، وفيه رواية أخرى : لا عداق لها ، لأن الفرقة
حصلت بلعانها جميعاً . فأشبه الفرقة لعيب في أحدهما .

فصل

٦٢٣٥

فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فللعان بينهما ، لأنه قولٌ تحصل به الفرقة ، ولا يصحّ من غير
مكلف ، كالطلاق أو يمين ، فلا تصحّ من غير المكلف ، كسائر الإيما ، ولا يخلو غير المكلف من
أن يكون الزوج ، أو الزوجة ، أو هما . فإن كان الزوج فله حالان .
(أحدهما) أن يكون طفلاً .

(والثاني) أن يكون بالغاً ، زائل العقل . فإن كان طفلاً لم يصحّ منه القذف ، ولا يلزمه به حدّ ،
لأن القلم مرفوع عنه ، وقوله غير مُعتبر . وإن أتت امرأته بولد نظرنا : فإن كان لدون عشر سنين
لم يلحقه الولد ، ويكون منفياً عنه ، لأن العلم يُحيط به بأنه ليس منه ، فإن الله عزّ وجلّ لم يُجرِ العادة
بأن يولد له دون ذلك ، فينتفي عنه ، كالأوت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوّجها .

وإن كان ابن عشر فصاعداً ، فقال أبو بكر : لا يلحق به ، إلا بعد البلوغ أيضاً ، لأن الولد لا يلحق
إلا من ماء الرجل والمرأة ، ولو أنزل لبلغ . وقال ابن حامد : يلحق به . قال القاضي : وهو ظاهر كلام
أحمد . وهذا مذهب الشافعي ، لأن الولد يلحق بالإمكان ، وإن خالف الظاهر ، ولهذا لو أتت بولد لستّة
أشهر من حين العقد لحق بالزوج ، وإن كان خلاف الظاهر ، وكذلك يلحق به إذا أتت به لأربع سنين
مع ندرته . وليس له نفيه في الحال ، حتى يتحقّق بلوغه بأحد أسباب البلوغ ، فله نفى الولد ، واستلحاقه .
فإن قيل : فإذا ألحقتم به الولد فقد حكتم ببلوغه ، فهلاً سمعتم نفيه ، وإمانه ؟ قلنا : إلحاق الولد يكفي فيه
الإمكان ، والبلوغ لا يثبت إلا بسبب ظاهر ، ولأن إلحاق الولد به حقّ عليه ، واللعان حقّ له ، فلم يثبت

مع الشك . فإن قيل : فإن لم يكن بالغاً انتفى عنه الولد ، وإن كان بالغاً انتفى عنه اللعان . قلنا : إلا أنه لا يجوز أن يبتدىء اليمين مع الشك في صحتها ، فسقطت للشك فيها .

﴿ الثاني ﴾ إذا كان زائل العقل ، لجنون فلا حكم لقذفه ، لأن القلم عنه مرفوع أيضاً ، وإن أتت امرأته بولد ، فنسبه لاحق به لإمكانه ، ولا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله ، فإذا عقل فله نفي الولد حينئذ واستلحاقه ، وإن ادعى أنه ذاهب العقل حين قذفه ، وأنكرت ذلك ، ولأحدهما بيّنة بما قال ثبت قوله ، وإن لم يكن لواحد منهما بيّنة ، ولم يكن له حالة علم فيها زوال عقله ، فالقول قولها مع يمينها . لأن الأصل والظاهر الصحة والسلامة ، وإن عرفت حالة إفاقة جنون ولم تعرف له ، حالة إفاقة فالقول قوله مع يمينه . وإن عرفت له حالة جنون وحالة إفاقة ، ففيه وجهان .

﴿ أحدهما ﴾ القول قولها ، قال القاضي : هذا قياس قول أصحابنا في الملفوف إذا ضربه ، فقدّم ثم ادعى أنه كان ميتاً ، وقال الولي كان حياً .

﴿ الوجه الثاني ﴾ أن القول قوله ، لأن الأصل براءة ذمته من الحد فلا يجب بالشك ، ولأن الحد يسقط باشبهة . ولا يشبه هذا الملفوف لأن الملفوف قد علم أنه كان حياً ، ولم يعلم منه ضد ذلك ، فنظيره في مسألتنا أنه يُعرف له حالة إفاقة ، ولا يعلم منه ضدها ، وفي مسألتنا قد تقدّم له حالة جنون ، فيجوز أن تكون قد استمرت إلى حين قذفه ، وأما إن كانت الزوجة غير مكلفة فقذفها الزوج نظرنا : فإن كانت طفلة لا يجامع مثلها ، فلا حدّ على قاذفها ، لأنه قولٌ بيقين كذبه فيه ، وبراءة عيرضها منه ، فلم يجب به حدّ ، كما لو قال : أهل الدنيا زناة ، ولكنه يمزّر للسب لا للقذف ، فلا يحتاج في التهزير إلى المطالبة لأنه مشروع لتأديبه ، وللإمام فعله إذا رأى ذلك ، فإن كانت يجامع مثلها ، كابنة تسع سنين فعليه الحدّ ، وليس لوليّها ، ولا لها المطالبة به حتى تبلغ ، فإذا بلغت فطالبت فلها الحدّ ، وله إسقاطه باللعان ، وليس له لعانها قبل البلوغ ، لأن اللعان يُراد لإسقاط الحدّ ، أو نفي الولد ، ولا حدّ عليه قبل بلوغها ، ولا ولد فينفيه ، فإن أتت بولد حكم ببلوغها ، لأن الحمل أحد أسباب البلوغ ، ولأنه لا يكون إلا من نطفتها ، فن ضرورته إزالتها ، وهو من أسباب بلوغها ، وإن قذف امرأته المجنونة بزناً أضافه إلى حال إفاقتها أو قذفها وهي عاقلة ثم حثّ لم يكن لها المطالبة ، ولا لوليّها قبل إفاقتها لأن هذا طريقه التشفى ، فلا ينوب عنه الولي فيه ، كالقصاص فإذا أفاقت فلها المطالبة بالحدّ ، وللزوج إسقاطه باللعان ، فإن أراد لعانها في حال جنونها ، ولا ولد بنفيه لم يكن له ذلك لعدم الحاجة إليه ، لأنه لم يتوجّه عليه حدّ فيسقطه ، ولا نسب فينفيه ، وإن كان هناك ولد يُريد نفيه فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يلاعن ، ويلحقه الولد ، لأن الولد إنما ينتفى باللعان من الزوجين ، وهذه لا يصحّ منها لعان . وقد نصّ أحمد في الخمر ساء : أن زوجها لا يلاعن ، فهذه أولى ،

وقال الخِرَقِيّ في العاقلة : لا يَعرَضُ له حتى تطالبه زوجته ، وهذا قول أصحاب الرأي ، لأنها أحد الزوجين فلم يشرع للامان مع جنونه ، كالزوج ، ولأن لمان الزوج وحده لا ينتفى به الولد ، فلا فائدة في مشروعيّته وقال القاضي : له أن يلاعن لنفى الولد ، لأنه محتاج إلى نفيه ، فشرع له طريق إلى نفيه ، وقال الشافعيّ : له أن يلاعن ، وظاهر مذهبه أن له لمانها مع عدم الولد ، لدخوله في عموم قوله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) ولأنه زوج مكلف ، قاذف لاسرائته التي يولد لثامها ، فكان له أن يلاعنها ، كما لو كانت عاقلة .

فصل

٦٢٣٦

فأما الأخرس والخرساء ، فإن كانا غير معلومي الإشارة ، والكتابة ، فهما كالجنونين ، فيما ذكرناه لأنه لا يتصور منهما لمان ، ولا يعلم من الزوج قذف ، ولان المرأة مطالبة ، وإن كانا معلومي الإشارة ، والكتابة ، فقد قال أحمد : إذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن ، لأنه لا تعلم مطالبتها ، وحكاها ابن المنذر عن أحمد ، وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وكذلك ينبغي أن يسكون في الأخرس ، وذلك لأن اللمان لفظ يفقر إلى الشهادة ، فلم يصح من الأخرس ، كالشهادة الحقيقية ، ولأن الحد يُدْرَأُ بالشبهات ، والشهادة لنسبة صريحة ، كالنطق ، فلا يخلو من احتمال وتردد ، فلا يجب الحد بها ، كما لا يجب على أجنبيّ بشهادته وقال القاضي ، وأبو الخطاب : هو كالناطق في قذفه ، ولعانه ، وهو مذهب الشافعيّ ، لأنه لا يصحّ طلاقه فصحّ قذفه ، ولعانه ، كالناطق ، ويفارق الشهادة ، لأنه يمكن حصولها من غيره ، فلم تدع الحاجة إلى الأخرس ، وفي اللمان لا يحصل إلا منه . فدعت الحاجة إلى قبوله منه كاطلاق ، والأول أحسن . لأن موجب القذف وجوب الحد ، وهو يُدْرَأُ بالشهادة ، ومقصود اللمان الأصليّ نفي النسب ، وهو يثبت بالإمكان ، مع ظهور انتفائه ، فلا ينبغي أن يُشرع ما ينفيه ، ولا ما يوجب الحد مع الشبهة العظيمة ، ولذلك لم تقبل شهادته ، وقولهم : إن الشهادة تحصل من غيره . قلنا : قد لا تحصل إلا منه ، لاختصاصه برؤية المشهود له أو إسماعه إياه .

فصل

٦٢٣٧

فإن قذف الأخرس ، أو لاعن ، ثم تكلم ، فأنكر القذف ، واللعان لم يُقبل إنكاره للقذف . لأنه قد تعلّق به حقّ لغيره ، بحكم الظاهر ، فلا يُقبل إنكاره له ، ويقبل إنكاره لللعان فيما عليه ، فيطالب بالحدّ ، ويلحقه النسب ، ولا تعود الزوجيّة فإن قال : أنا ألاعن للحدّ ، ونفي النسب كان له ذلك ، لأنه إنما تزمه بإقراره أنه لم يلاعن ، فإذا أراد أن يلاعن كان له ذلك .

فصل

٦٢٣٨

فإن قذفها وهو ناطق ، ثم خرس ، وأيس من نطقه ، فحكمه حكم الأصل ، وإن رُجِيَ عودُ نطقه ، وزوالُ خَرَسِهِ انتظر به ذلك ، ويُرجع في معرفة ذلك إلى قول عَدَّائِن من أطباء المسلمين ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أنه يلاعن في الحسائِن بالإشارة ، لأن أَمَامَةَ بنت أبي العاصِ أُصِيتَتْ فُقِيلَ لها : لَفْطَانٍ كَذَا ، وَلَفْطَانٍ كَذَا ؟ فَأشارت أن نَعَمْ ، فَرَأَوْا أَنَّهَا وَصِيَّةٌ ، وهذا لَحُجَّةٌ فيه ، لأنه لم يذكر مِنَ الراوي لذلك ، ولم يُسَلِّمْ أنه قول مَنْ قَوْلُهُ حُجَّةٌ ، ولا عُلِمَ هل كان ذلك بِخَرَسٍ يُرْجَى زَوَالُهُ ، أَوْ لا ؟ وقال أبو الخطاب ، فيمن اعتَقَلَ لسانه ، وأيس من نطقه هل يصح لعانه بالإشارة ؟ على وجهين .

فصل

٦٢٣٩

وكل موضع لالمان فيه فالنسب لاحق فيه ، ويجب بالقذف موجبُه من الحدِّ ، والتميز ، إلا أن يكون القاذف صبيًّا ، أو مجنونًا ، فلا ضربَ فيه ، ولا لعانَ ، كذلك قال الثوري ، ومالك ، والشافعي وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر ، وقال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم .

الفصل الثاني

٦١٤٠

أنه لالمان بين غير الزوجين ، فإذا قذف أجنبية مُحْصَنَةً حَدَّ ، ولم يلاعن ، وإن لم تكن مُحْصَنَةً عَزَّرَ ، ولا لعانَ أيضًا ، ولا خلاف في هذا ، وذلك لأنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً) ثم خَصَّ الزوجات من عموم هذه الآية بقوله (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ) ففيما عداهن يبقى على قضية العموم ، وإن ملك أمة ، ثم قذفها فلا لعان ، سواء كانت فراشًا له ، أو لم تكن ، ولا حدَّ عليه بقذفها ، ويُعَزَّرُ فإن أتت بولد نظرنا : فإن لم يعترف بوطئها لم يلحقه نسبه ، ولم يحتج إلى نفيه ، وإن اعترف بوطئها صارت فراشًا له ، وإذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وقال الثوري وأبو حنيفة : لا تصير فراشًا له ، حتى يُقَرَّرَ بولدها ، فإذا أقرَّ به صارت فراشًا له ، ولحقه أولادها بعد ذلك ، لأنها لو صارت فراشًا بالوطء لصارت فراشًا بإباحته ، كالزوجة .

ولنا : أن سعدًا نازع عبد بن زَمْعَةَ في ابن وليدة زَمْعَةَ ، فقال : هو أخي ، وابن وليدة أبي ، وُلِدَ على فراشه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » متفق عليه .

وروى ابن عمر عن عمر رضي الله عنه قال: ما بآل رجل يَطْوَونَ وَلَا يُدْهَمُ نَمٌّ يَعَزُّوْنَهُنَّ؟ لَا تَأْتِيَنِي وَلَيْدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنَّهُ أَلَمَّ بِهَا إِلَّا أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا ، فَأَعَزُّوْا بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ ائْتَرَكُوا . ولأن الوطء يتعلق به تحريم المصاهرة ، فإذا كان مشروعاً صارت به المرأة فراشاً ، كالنكاح ، ولأن المرأة إنما سميت فراشاً تجوزاً ، إما لمضاجعته لها على الفراش ، وإما لكونها تحتها في حال الجماع ، وكلا الأمرين يحصل في الجماع ، وقيامهم الوطء على الملك لا يصح . لأن الملك لا يتعلق به تحريم المصاهرة ، ولا يحصل منه الولد بدون الوطء ، ويفارق النكاح ، فإنه لا يراد للوطء ، ويتعلق به تحريم المصاهرة ، ولا ينعدم في محل يحرم الوطء فيه ، كالجوسية ، والوثنية ، وذواتي محارمه .

إذا ثبت هذا : فإن أراد نفي ولد أمته التي يلحقه ولدها ، فطريقه أن يدعى أنه استبرأها بعد وطئه لها بحبيضة ، فينتفي بذلك ، وإن ادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتفي عنه بذلك ، لما روى جابر قال : جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن لي جارية ، وأنا أطوفُ عليها ، وأنا أكره أن تحمِلَ ، فقال « اعزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ ، فَإِنَّ سَيِّئَاتِهَا مَا قَدَّرَ لَهَا » قال : فلبث الرجل ، ثم أتاه ، فقال : إن الجارية قد حملت ، قال : « قَدْ أَخْبَرْتُكَ أَنَّهُ سَيِّئَاتِهَا مَا قَدَّرَ لَهَا » رواه أبو داود ، وروى عن أبي سعيد أنه قال : كنت أعزِلُ عن جاريّتي ، فولدت أحبَّ الخلق إليّ ، يعني ابنه ، ولحديث عمر الذي ذكرناه ، ولأنه حكم تعلق بالوطء ، فلم يعتبر معه الإنزال ، كسائر الأحكام . وقد قيل : إنه ينزل من الماء مالا يحس به ؛ وإن أقر بالوطء دون الفرج ، أو في الدبر ، لم تصر بذلك فراشاً ، لأنه ليس بمنصوص عليه ؛ ولا في معنى المنصوص ؛ ولأنه ينتفي عنه الولد بدعوى الاستبراء ، إذا أتت به بعد الاستبراء بمدة الحمل ، فهمنا أولى ، وروى عن أحمد أنها تصير فراشاً ، لأنه قد يجامع ؛ فيسبق الماء إلى الفرج . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

وإذا ادعى الاستبراء قيل قوله بغير يمين ، في أحد الوجهين ، لأن من قيل قوله في الاستبراء ، قيل بغير يمين ، كالمرأة تدعى انقضاء عدتها ، وفي الآخر يستحلف ، وهو مذهب الشافعي ، لعموم قوله عليه السلام « وَلَكِنْ يَمِينُ عَلَى الْمَدْعَى عَلَيْهِ » ولأن الاستبراء غير مختص به ، فلم يقبل قوله فيه بغير يمين كسائر الحقوق ، بخلاف العدة ، ومتى لم يدع الاستبراء لحقه ولدها ، ولم ينتف عنه ، وقال الشافعي في أحد قوليه : له نفيه باللعان ، لأنه لم يرض به ، فأشبهه ولد المرأة .

ولنا : قوله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) يخص بذلك الأزواج ، ولأنه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة ، فلم يملك نفيه باللعان ، كما لو وطئ أجنبية بشبهة ، فألحقت الفاقة ولدها به ، ولأن له طريقاً إلى نفي الولد بغير اللعان ، فلم يحتج إلى نفيه باللعان ، فلا يُشْرع ؛ ولأنه إذا وطئ أمته ، ولم يستبرئها ،

فأنت بولد احتمل أن يكون منه ، فلم يجزله نفية ؛ لسكون النسب يلحق بالإمكان ، فكيف مع ظهور وجود سببه ؟ ولو ادعى الاستبراء فأنت بولدين ، فأقرت بأحدهما ؛ ونفى الآخر لحقاه معاً ، لأنه لا يمكن جعل أحدهما منه ، والآخر من غيره وهما حمل واحد ، ولا يجوز نفي الولد المقر به عنه مع إقراره به ، فوجب إلحاقهما به معاً ، وكذلك إن أتت أمته التي لم يعترف بوطنها بقوامين ، فاعترف بأحدهما ، ونفى الآخر .

فصل

٦٢٤١

وإذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ، ثم قذفها ، وبينهما ولد يُريد نفية فله أن يُبلاعن لنفيه ، ولا حد عليه ، وإن لم يكن بينهما ولد حد ، ولا لعان بينهما ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يلحقه الولد ، وليس له نفية ، ولا لعان ، لأنها أجنبية ، فأشبهت سائر الأجنبية ، أو إذا لم يكن بينهما ولد .

ولذا : أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح ، فكان له نفية ، كما لو كان النكاح صحيحاً ، ويفارق إذا لم يكن ولد ، فإنه لا حاجة إلى القذف ، لسكونها أجنبية ، ويفارق سائر الأجنبية ، لأنه لا يلحقه ولدهن ، فلا حاجة به إلى قذفهن ، ويفارق الزوجة ، فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد ، لسكونها خاتنه ، وغاظه ، وأفسدت فراشه ، فإذا كان له منها ولد ، فالحاجة موجودة فيهما ، وإذا لعن سقط الحد ، لأنه لعان مشروع لنفي الحد فأسقط الحد ، كاللعان في النكاح الصحيح ، وهل يثبت التحريم المؤبد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يثبت ، لأنه لعان صحيح أشبه لعان الزوجة .

(والثاني) لا يثبت ، لأن الفرقة لم تحصل به ، فإنه لا نكاح بينهما يحصل قطعه به ، بخلاف لعان الزوجة ، فإن الفرقة حصلت به ، ولو لاعنها من غير ولد لم يسقط الحد ، ولم يثبت التحريم المؤبد ، لأنه لعان فاسد ، فلم تثبت أحكامه ، وسواء اعتقد أن النكاح صحيح ، أو لم يعتد ذلك ، لأن النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح ، فأشبه ما لو لاعن أجنبية بظنها زوجته .

فصل

٦٢٤٢

فلو أبان زوجته ، ثم قذفها بزناً أضافه إلى حال الزوجية ، فهي كالسألة قبلها ، إن كان بينهما ولد يُريد نفية ، فله أن ينفيه باللعان ، وإلا حد ، ولم يلاعن ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وقال أبو حنيفة : يحد ، ويلحقه الولد ، ولا يُبلاعن ، وهو قول عطاء ، ووجه المذهبين ما تقدم في التي قبلها .

وقال عثمان البتي: له أن يُبلاعن ، وإن لم يكن بينهما ولد . وروى عن ابن عباس والحسن : أنه يُبلاعنها ، لأنه قذف مُضاف إلى حال الزوجية ، أشبهه ما لو كانت زوجته .

ولنا : أنه إذا كان بينهما ولد كان فيه حاجة إلى القذف ، فشرع ، كما لو قذفها وهي زوجته ، وإذا لم يكن له ولد فلا حاجة به إليه ، وقد قذفها وهي أجنبية فأشبهه ما لو لم يُضفه إلى حال الزوجية ، ومتى لاعنها لنفي ولدها انتفى وسقط عنه الحد ، وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان ، وهل له أن يُبلاعنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان :

﴿ أحدهما ﴾ له ذلك ، لأن من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانها قبله كالزوجة .

﴿ والثاني ﴾ ليس له ذلك ، وهو ظاهر قول الخرقي . لأن الولد عنده لا ينتفى في حال الحمل ، ولأن اللعان إنما يثبت ههنا لأجل الولد ، فلم يجوز أن يبلاعن إلا بعد تحققه بوضعه بخلاف الزوجة ، فإنه يجوز لعانها مع عدم الولد ، وهكذا الحكم في نفي الحمل في النكاح الفاسد .

فصل

٦٢٤٣

إذا اشترى زوجته ، الأمة ثم أقرّ بوطئها ، ثم أتت بولد لسنة أشهر كان لاحقاً به ، ولم ينتف عنه إلا بدعوى الاستبراء . لأنه ملحق به بالوطء في الملك دون النكاح ، لكون الملك حاضراً ، فصار كالزوج الثاني يلحق به الولد ، وإن أمكن أن يكون من الأول ، وإن لم يكن أقرّ بوطئها ، أو أقرّ به فأنت بولد لدون ستة أشهر منذ وطئ كان ملحقاً بالنكاح ، إن أمكن ذلك ، وله نفيه باللعان ، وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد ؟ على وجهين .

فصل

٦٢٤٤

إذا قذف مطلقة الرجعية فله لعانها ، سواء كان بينهما ولد ، أو لم يكن . قال أبو طالب : سألت أبا عبد الله عن الرجل يطلق تليقة أو تليقة ثم يقذفها ، قال : قال ابن عباس : لا يبلاعن ويُجلد ، وقال ابن عمر : يبلاعن مادامت في العدة . وقال : وقول ابن عمر أجود لأنها زوجته ، وهو يرئها وترئفه فهو يبلاعن ، وبهذا قال جابر بن زيد ، والنخعي والزهري وقتادة والشافعي وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن ابن عمر ، لأن الرجعية زوجة ، فكان له لعانها ، كما لو لم يطلقها .

فصل

٦٢٤٥

وإن قذف زوجته ، ثم أبانها فله لعانها . نص عليه أحمد ، سواء كان له ولد أو لم يكن . وروى ذلك

عن ابن عباس ، وبه قال الحسن ، والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر . وقال الحارث العسكلي وجابر بن زيد وقتادة والحكم : يُجْلَد . وقال حماد بن أبي سليمان ، وأصحاب الرأي : لا حَدَّ ولا لعان ، لأن اللعان إنما يكون بين الزوجين ، وليس هذان بزوجين ، ولا يحدُّ لأنه لم يقذف أجنبيةً .

ولنا قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) وهذا قدرمى زوجته ، فيدخل في عموم الآية ، وإذا لم يلاعن وجب الحدُّ بعموم قوله : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)^(١) ولأنه قاذف لزوجته ، فوجب أن يكون له أن يلاعن ، كما لو كانا على النكاح إلى حالة اللعان .

فصل

٦٢٤٦

وإن قالت : قذفني قبل أن يتزوجني ، وقال : بل بعده ، أو قالت : قذفني بعد ما بنتُ منه ، وقال : بل قبله ، فالقول قوله ، لأن القول قوله في أصل القذف ، فكذلك في وقته . وإن قالت أجنبية : قذفني ، فقال : كنت زوجتي حينئذٍ فأنكرت الزوجية ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدمها .

فصل

٦٢٤٧

ولو قذف أجنبية ، ثم تزوجها فعليه الحدُّ ، ولا يُلاعن ، لأنه وجب في حال كونها أجنبيةً ، فلم يلك اللعان من أجله ، كما لو لم يتزوجها ، وإن قذفها بعد تزوجها بزناً أضافه إلى ما قبل النكاح حدًّا ، ولم يلاعن ، سواء كان مِّمَّ ولد ، أو لم يسكن ، وهو قول مالك ، وأبي ثور . ورؤى ذلك عن سعيد بن المسيب ، والشمعي . وقال الحسن وزرارة بن أبي أوفى ، وأصحاب الرأي : له أن يلاعن ، لأنه قذف امرأته ، فيدخل في عموم قوله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) ولأنه قذف امرأته ، فأشبهه ما لو قذفها ولم يضيفه إلى ما قبل النكاح . وحكى الشريف أبو جعفر ، عن أحمد رواية أخرى كذلك ، وقال الشافعي : إن لم يكن مِّمَّ ولد لم يُلاعن وإن كان بينهما ولد ففيه وجهان .

ولنا : أنه قذفها قذفًا مضافًا إلى حال البينونة ، أشبهه ما لو قذفها وهي بائن ، وفارق قذف الزوجة ، لأنه محتاج إليه ، لأنها غاطقه ، وخائنه ، وإن كان بينهما ولد فهو محتاج إلى نفيه ، وههنا إذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفترط في نكاح حامل من الزنا ، فلا يُشرع له طريقٌ إلى نفيه .

(١) بعض الآيات من سورة النور .

٦٢٤٨

فصل

ولو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً يازانية ، ففقل مهنا قال : سألت أحمد عن رجل قال لامرأته : أنت طالق يازانية ثلاثاً ، فقال : يُلاعن . قلت : إنهم يقولون : يُحصد ، ولا يلزمها إلا واحدة . قال : بئس ما يقولون ، فهذا يلاعن لأنه قذفها قبل الحكم بيمينوتها ، فأشبهه قذف الرجعية .

وأما في المسألة الأولى : فإن كان بينهما ولد فإنه يُلاعن لنفسه ، وإلا حد ، ولم يُلاعن ، لأنه يعمين إضافة القذف إلى حال الزوجية ، لاستحالة الزنا منها بعد طلاقها ، فصار كأنه قال بعد إبانته : زنيته إذ كنت زوجتي ، على ما قررناه .

٦٢٤٩

الفصل الثالث

أن كل قذف للزوجة يجب به اللعان ، سواء قال لها : زنيته ، أو رأيتك تزنين ، سواء كان القاذف أعمى ، أو بصيراً . نص عليه أحمد ، وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأبو نور ، وهو قول عطاء . وقال يحيى الأنصاري ، وأبو الزناد ، ومالك : لا يكون اللعان إلا بأحد أمرين : إما رؤية ، وإما إنكار للعمل ، لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية ، وكان قال : رأيتُ بَعِيْنِي وَسَمِعْتُ بِأُذُنِي ، فلا يثبت اللعان إلا في مثله .

ولنا قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) الآية . وهذا رام لزوجه ، فيدخل في عموم الآية ، ولأن اللعان معنى يَتَخَلَّضُ به من موجب القذف ، فيُشرع في حق كل رام لزوجه ، كالبينة ، والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ، ثم لم يعملوا به في قوله ، وسمعتُ بأذني ، وسواء قذفها بزناً في القبل ، أو في الدبر ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يثبت اللعان بالقذف بالوطء في الدبر ، وبناء على أصله في أن ذلك لا يجب به الحد .

ولنا : أنه رام لزوجه بوطء في فرجها ، فأشبهه ماله قذفها بالوطء في قُبَاهَا ، وأما إن قذفها بالوطء دون الفرج ، أو بشيء من الفواحش غير الزنا ، فلا حد عليه ، ولا لعان ، لأنه قذفها بما لا يجب به الحد فلم يثبت به الحد ، واللعان ، كما لو قذفها بضرب الناس وأذاهم .

٦٢٥٠

الفصل الرابع

أنه إذا قذف زوجته المُحصَّنة وجب عليه الحد ، وحُكم بفسقه ، وردَّ شهادته ، إلا أن يأتي ببينة ، أو يلاعن : فإن لم يأت بأربعة شهداء ، أو امتنع من اللعان لزمه ذلك كله ، وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : يجب اللعان دون الحد ، فإن أُنِي حُبِسَ حتى يُلاعن ، لأن الله تعالى قال : (وَالَّذِينَ

يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ (الآيات) . فلم يوجب بقذف الأزواج إلا اللعان .

ولنا قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُنَّ شَهَادَةً أَبَدًا ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) وهذا عام في الزوج وغيره ، وإنما خص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة في نفي الحد ، والفسق ، ورد الشهادة عنه ، وأيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم « الْبَيِّنَةُ وَإِلَّا حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ » وقوله لمن لاعن : عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، ولأنه قاذف يلزمه الحد لو أ كذب نفسه ، فلزمه إذ لم يأت بالبينة المشروعة ، كالأجنبي ، فأما إن قذف غيرها ، كالكتابية ، والأمة ، والجنونة ، والطفلة ، فإنه يجب عليه التعزير بذلك ، لأنه أدخل عليهن المرأة بالقذف ، ولا يحدهن حداً كاملاً ، لنقصانهن بذلك ، ولا يتعلق به فسق ، ولا رد شهادة ، لأنه لا يوجب الحد ، قال القاضي : وليس له إسقاط هذا التعزير باللعان ، لأن اللعان إما لنفي النسب ، أو الدرء الحد ، وليس ههنا واحد منهما ، وقال الشافعي : له إسقاطه باللعان ، لأنه إذا ملك إسقاط الحد المكامل باللعان فإسقاط مادونه أولى ، وللقاضي أن يقول : لا يلزم من مشروعيته لدفع الحد الذي بعظم ضرره مشروعيته لدفع ما يقل ضرره ، كالمقذف طيلة لا يتصور وطؤها ، فإنه يعزّر تعزير السب ، والأذى ، وليس له إسقاطه باللعان ، كذا ههنا . وأما إن كان لأحد هؤلاء ولد يُريد نفيه ، فقال القاضي : له أن يلاعن نفيه . وهذا قول الشافعي ، وهو ظاهر كلام أحمد في الأمة ، والكتابية ، سواء كان لهما ولد . أو لم يكن . وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

مسألة

٦٢٥١

قال ﴿ وَلَا يُعْرَضُ لَهُ حَتَّى تَطَالِبَهُ زَوْجَتُهُ ﴾

يعنى لا يُعرض له بإقامة الحد عليه ، ولا طلب اللعان منه ، حتى تطالبه زوجته . بذلك ، فإن ذلك حق لها ، فلا يُقام من غير طلبها ، كسائر حقوقها . وليس لوليها المطالبة عنها إن كانت مجنونة ، أو محجوراً عليها ، ولا لولي الصغيرة ، وسيد الأمة المطالبة بالتعزير من أجهلها . لأن هذا حق ثبت للنفس فلا يقوم الغير فيه مقام المستحق ، كالقصاص ، فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظارنا : فإن لم يكن هناك نسب يُريد نفيه لم يكن له أن يلاعن ، وكذلك كل موضع سقط فيه الحد ، مثل أن أقام البينة بزناها ، أو أبرأته من قذفها ، أو حدّها ، ثم أراد لعانها ، ولا نسب هناك يُنفى ، فإنه لا يُشرع اللعان وهذا قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا بعض أصحاب الشافعي ، قالوا : له الملاعة لإزالة الفراش ، والصحيح عندهم مثل قول الجماعة ، لأن إزالة الفراش تمسكه بالطلاق ، والتعزير المؤبد ليس

بمقصود يُشرع اللعان من أجله، وإنما حصل ذلك ضمناً فأما إن كان هناك ولد يُريد نفيه، فقال القاضي : له أن يلاعن لنفيه، وهذا مذهب الشافعي، لأن هلال بن أمية لما قذف امرأته، وأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره أرسل إليها، فلاعن بينهما، ولم تكن طالبة، ولأنه محتاج إلى نفيه، فُشِّرِعَ له طريقٌ إليه، كما لو طالبة، ولأن نفي النسب الباطل حقٌ له، فلا يسقط برضاها به، كما لو طالبت باللعان، ورضيت بالولد. ويحتمل أن لا يُشرع اللعان ههنا، كما لو قذفها، فصَدَّقَتْه، وهو قول أصحاب الرأي، لأنه أحد موجبي القذف فلا يُشرع مع عدم المطالبة بالحد.

فصل

٦٢٥١

وإذا قذفها ثم مات قبل لعانها، أو قبل إتمام لعانه سقط اللعان، ولحقه الولد، وورثته في قول الجميع. لأن اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه. وإن مات بعد أن أكل لعانه، وقبل لعانها فكذلك، وقال الشافعي : تبين بلعانه، ويسقط التوارث، وينتفى الولد، ويلزمها الحد إلا أن تلتعن. ولنا : أنه مات قبل إكمال اللعان أشبه ما لو مات قبل إكمال التعانه، وذلك لأن الشرع إنما رتب هذه الأحكام على اللعان التام، والحكم لا يثبت قبل كمال سببه. وإن ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية، ويرثها في قول عامة أهل العلم. ورؤى عن ابن عباس : إن التعن لم يرث، ونحو ذلك عن الشعبي، وعكرمة، لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث كما لو التعن في حياتها. ولنا : أنها ماتت على الزوجية، فورثها، كما لو لم يلتعن، ولأن اللعان سبب الفرقة، فلم يثبت حكمه بعد موتها كالطلاق، وفارق اللعان في الحياة، فإنه يقطع الزوجية، على أننا قد ذكرنا أنه لو لاعنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية أيضاً، فههنا أولى. فإن قيل : أليس قد قلتم : لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه فكذلك الزوجة ؟ قلنا : لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد، ولم يثبت حكم اللعان، على ما ذكرنا، ثم الفرق بينهما أنه إذا نفي الولد تبيناً أنه لم يكن منه أصلاً في حال من الأحوال، والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل اللعان، وإنما يزِيل نكاحها اللعان، كما يزِيل الطلاق. وإذا ماتت قبله فقد ماتت قبل وجود ما يزِيله، فيكون موجوداً حال الموت، فيوجب التوارث، وينقطع بالموت، فلا يمكن انقطاعه سرّة أخرى، وإن أراد الزوج اللعان، ولم تكن طالبت بالحد في حياتها لم يكن له أن يلتعن، سواء كان ثم ولد يُريد نفيه، أو لم يكن. وقال الشافعي : إن كان ثم ولد يُريد نفيه فله أن يلتعن، وهذا ينبى على أصل، وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين، فإن لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم، وعندهم بخلاف ذلك، فأما إن كانت طالبت بالحد في حياتها، فإن أولياءها يقومون في الطلب به مقامها، فإن طولب به فله إسقاطه باللعان. ذكره القاضي، وإلا فلا، لأنه لا حاجة إليه مع عدم الطلب، فإنه لا حد عليه. وقال أصحاب الشافعي : إن كان المرأة وارث غير الزوج فله اللعان، ليُسْقَطَ الحد عن نفسه، وإلا فلا، لعدم الحاجة إليه.

٦٢٥٢

فصل

وإذا مات المذوف قبل المطالبة بالحد سقط: ولم يكن لورثته الطلب به ، وقال أصحاب الشافعي : يورث وإن لم يكن طالب به ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ » ولأنه حق ثبت له في الحياة يورث إذا طالب به ، فيورث وإن لم يطالب به ، كحق القصاص .

ولنا : أنه حدٌ تعتبر فيه المطالبة ، فإذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب ؟ كحد القطع في السرقة . والحديث يدل على أن الحق المتروك يورث ، وهذا ليس بمتروك . وأما حق القصاص فإنه حق يجوز الاعتياض عنه ، وينتقل إلى المال ، بخلاف ما نحن فيه . فأما إن طالب به ، ثم مات ، فإنه ترثه العصبات من النسب ، دون غيرهم ، لأنه حق يثبت لدفع العار ، فاختص به العصبات ، كولاية النكاح . وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي . ومتى ثبت للعصبات فلهن استيفاءه ، وإن طلب أحدهم وحده فله استيفاءه وإن عمًا بمضهم لم يسقط ، وكان للباقيين استيفاءه ، ولو بقي واحد كان له استيفاء جميعه ، لأنه حق يُراد للردع ، والزجر ، فلم يتبعض ، كسائر الحدود ولا يسقط بإسقاط البعض ، لأنه يُراد لدفع العار عن المذوف ، وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه ، فيثبت له جميعه ، كولاية النكاح ، ويفارق حق القصاص ، لأن ذلك يفوت إلى بدل ، ولو أسقطناه ههنا لسقط حق غير العاق إلى غير بدل ، فعلى هذا : لو قذف امرأته ، فماتت بعد المطالبة ولها أحد من عصباتها غيره فله استيفاءه ، وإن كان زوجها عصبتها وأيس لها أحد سواه سقط ، وإن كان لها من عصبتها غيره فله الطلب به ، ولا يسقط بما ذكرنا من أنه يكمل لكل واحد ، بخلاف القصاص .

٦٢٥٣

فصل

وإذا قذف امرأته وله بيّنة تشهد بزناها ، فهو مخير بين لعانها ، وبين إقامة البيّنة لأنهما بينتان ، فكانت له الخيرة في إقامة أيتهما شاء ، كمن له بدّين شاهدان ، وشاهد وامرأتان ، ولأن كل واحدة منهما يحصل بها ما لا يحصل بالأخرى ، فإنه يحصل باللعان نفي النسب الباطل ، ولا يحصل ذلك بالبيّنة ، ويحصل بالبيّنة ثبوت زناها ، وإقامة الحد عليها ، ولا يحصل باللعان ، فإن لاعنها ، ونفى ولدها ، ثم أراد إقامة البيّنة ، فله ذلك فإذا أقامها ثبت موجب اللعان ، وموجب البيّنة ، وإن أقام البيّنة أولاً ثبت الزنا ، وموجبها ، ولم ينتف عنه الولد ، فإنه لا يلزم من الزنا كون الولد منه ، وإن أراد لعانها بعد ذلك وأيس بينهما ولد يُريد نفيه لم يكن له ذلك ، لأن الحد قد انتفى عنه بإقامة البيّنة ، فلا حاجة إليه ، وإن كان بينهما ولد يُريد نفيه فعلى قول القاضي له أن يلاعن ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

٦٢٥٤

فصل

وإن قذفها فطالبت بالحد ، فأقام شاهدين على إفراها بالزنا سقط عنه الحد ، لأنه ثبت تصديقها لإثامه

ولم يجب عليها الحد ، لأن الحد ، لا يجب إلا بالإقرار أربع مرّات ، ويسقط بالرجوع عن الإقرار ، وهل يثبت الإقرار بالزنا بشاهدين ؟ قال أبو بكر : فيه قولان :

(أحدهما) يثبت بشاهدين ، كسائر الأقرار ، واختاره .

(الثانى) لا يثبت لأنه لا يثبت به المقرّ به ، فلا يثبت به الإقرار به ، كرجل وإمرأتين ، وإن لم تكن له بينة حاضرة فقال : لى بينة غائبة أقيمها على الزنا ، أمهل اليومين ، والثلاثة ، لأن ذلك قريب . فإن أتى بالبينّة وإلا حدّ ، إلا أن يُبْلَغَ إذا كان زوجاً ، فإن قال : قذفتها وهى صغيرة ، فقالت : قذفتى وأنا كبيرة ، وأقام كل واحد منهما بينة بما قال فهما قذّان ، وكذلك إن اختلف فى الكفر ، والرق ، أو الوقت ، لأنه لا تنافي بينهما ، إلا أن يكونا مؤرّخين تأريخاً واحداً ، فيستعْطَآن فى أحد الوجهين : وفى الآخر يُقرَّعُ بينهما ، فمن خرجت قرعته قدّمت بينته .

فصل

٦٢٥٥

فإن شهد شاهدان أنه قذف فلانة ، وقذفنا لم تقبل شهادتهما لاعترافهما بعداوته لهما ، وشهادة العدو لا تقبل على عدوّه ، فإن أبرأه وزالت العداوة . ثم شهدا عليه بذلك القذف لم يقبل . لأنها ردّت للثمة فلم تقبل بعد . كالفاسق إذا شهد ، فردّت شهادته لفسقه ، ثم تاب ، وأعادها . ولو أنهما ادّعىا عليه أنه قذفهما ، ثم أبرأه . وزالت العداوة ، ثم شهدا عليه بقذف زوجته قبلت شهادتهما ، لأنهما لم يردّا فى هذه الشهادة ، ولو شهدا أنه قذف امرأته ، ثم ادّعىا بعد ذلك أنه قذفهما ، فإن أضافا دعواهما إلى ما قبل شهادتهما بطلت شهادتهما ، لاعترافهما أنه كان عدوّاً لهما حين شهدا عليه ، وإن لم يضيفاها إلى ذلك الوقت ، وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها ، لأنه لا يحكم عليه بشهادة عدوين ، وإن كان بعد الحكم لم يبطل ، لأن الحكم تمّ قبل وجود المانع ، كظهور الفسق ، وإن شهدا أنه قذف امرأته ، وأمنا لم تقبل شهادتهما لأنها ردّت فى البعض للثمة ، فوجب أن تردّ للكل ، وإن شهد على أبيهما أنه قذف ضرّة أمهما قبلت شهادتهما ، وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعى فى الجديد ، وقال فى القديم : لا تقبل . لأنهما يجرّان إلى أمهما نفعاً ، وهو أنه يُبْلَغُ عنها فتبين ، ويتوفّر على أمهما ، وليس بشيء ، لأن لعانه لها ينهى على معرفته بزناها ، لاعلى الشهادة عليه بما لا يعترف به . وإن شهدا بطلاق الصّرة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تقبل ، لأنهما لا يجرّان إلى أمهما نفعاً ، وهو توفيره على أمهما .

(والثانى) تقبل ، لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعاً .

فصل

٦٢٥٦

ولو شهد شاهد أنه أقرّ بالعربية أنه قذفها ، وشهد آخر : أنه أقرّ بذلك بالعجمية تمت الشهادة ، لأن

الاختلاف في العربية والعجمية عائد إلى الإقرار ، دون القذف ، ويجوز أن يكون القذف واحداً ، والإقرار به في مرتين ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقرّ يوم الخميس بقذفها ، وشهد الآخر أنه أقرّ بذلك يوم الجمعة تمت الشهادة ، لما ذكرناه ، وإن شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية ، وشهد الآخر أنه قذفها بالعجمية ، أو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة ، أو شهد أحدهما أنه أقرّ أنه قذفها بالعربية ، أو بالعجمية ، أو شهد أحدهما أنه أقرّ أنه قذفها بالعربية ، أو يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة ففيه وجهان .

(أحدهما) تسكل الشهادة ، وهو قول أبي بكر ، ومذهب أبي حنيفة ، لأن الوقت ليس ذكره شرطاً في الشهادة بالقذف ، وكذلك اللسان فلم يؤثر الاختلاف ، كما لو شهد أحدهما أنه أقرّ بقذفها يوم الخميس بالعربية ، وشهد الآخر أنه أقرّ بقذفها يوم الجمعة بالعجمية .

(والآخر) لا تسكل الشهادة ، وهو مذهب الشافعي ، لأنهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم تثبت ، كما لو شهد أحدهما أنه تزوّجها يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه تزوّجها يوم الجمعة ، وفارق الإقرار بالقذف ، فإنه يجوز أن يكون المقرّ به واحداً أقرّ به في وقتين بلسانين .

مسألة

٦٢٥٧

قال (فتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً)
في هذه المسألة مسألتان .

إحداها

٦٢٥٨

أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل إلا بلعانها جميعاً ، وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما ؟ فيه روايتان : (إحداها) أنه معتبر ، فلا تحصل الفرقة ، حتى يفرق الحاكم بينهما ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، وقول أصحاب الرأي ، لقول ابن عباس في حديثه ، ففرّق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله ، وفي حديث عويمر قال : كذبتُ عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهذا يقتضي إمكان إمساكها ، وأنه وقع طلاقه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ، ولا أمسكتها إمساكها ، ولأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم ، فالفرقة المتعلّقة به لم تقع إلا بحكم الحاكم ، كفرقة العنة .

(والرواية الثانية) تحصل الفرقة بمجرد لعانها ، وهي اختيار أبي بكر ، وقول مالك ، وأبي عبيد عنه ، وأبي ثور ، وداود ، وزفر ، وابن المنذر ، ورؤي ذلك عن ابن عباس ، لما رؤي عن عمر رضي الله

عنه أنه قال « الْمُتْلَاعَيْنِ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا وَلَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا » رواه سعيد ، ولأنه معنى يقتضى التحريم المؤبد ، فلم يقف على حكم الحاكم ، كالرضاع ، ولأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه ، كالتفريق للعيب ، والإعسار ، ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمرا ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا » يدل على هذا ، وتفريقه بينهما بمعنى إعلانهما بمحصول الفرقة ، وعلى كلتا الروايتين لا تحصل الفرقة قبل تمام اللعان منهما .

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده ، وإن لم تلتعن المرأة ، لأنها فرقة حاصلة بالقول ، فتحصل بقول الزوج وحده ، كالطلاق ، ولا نعلم أحدا وافق الشافعي على هذا القول ، وحكى عن البتّي : أنه لا يتعلق باللعان فرقة ، لما روى « أَنَّ الْعَجَلَانِيَّ لَمَّا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ طَلَقَهَا ثَلَاثًا ، فَأَنْفَذَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَلَوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ لَمَّا نَفَذَ طَلَاقَهُ ، وَكِلَا الْقَوْلَيْنِ لَا يَصِحُّ ، لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُتْلَاعَيْنِ » رواه عبد الله بن عمر ، وسهل بن سعد ، وأخرجهما مسلم ، وقال سهل : فكانت سنة لمن كان بعدهما أن يفرق بين المتلاعنين ، وقال عمر « الْمُتْلَاعَانِ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا » .

وأما القول الآخر : فلا يصح ، لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ، ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما ، وإنما فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما بعد تمام اللعان منهما ، فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة ، وفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن لفظ اللعان لا يقتضى فرقة ، فإنه إما أيمان على زناها ، أو شهادة بذلك ، ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصل التفريق ، وإنما ورد الشرع به بعد لعانتهما ، فلا يجوز تعليقه على بعضه ، كما لم يجز تعليقه على بعض لعان الزوج ، ولأنه فسخ ثبت بأيمان مختلفين ، فلم يثبت بيمين أحدهما ، كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف ، ويبطل ما ذكره بالفسخ بالعيب ، أو العتق ، وقول الزوج : اختارى ، وأمرك بيدك ، أو وهبتك لأهلك ، أو لنفسك ، وأشبه ذلك كثير .

إذا ثبت هذا : فإن قلنا : إن الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل إلا بعد إكمال اللعان منهما ، وإن قلنا : لا تحصل إلا بتفريق الحاكم لم يجز له أن يفرق بينهما إلا بعد كمال لعانهما .

فإن فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلا ، وجوده كعدمه ، وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي : لا تقع الفرقة حتى يكمل الزوج لعانه ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن : إذا فرق بينهما بعد أن لاعن كل واحد منهما ثلاث مرات أخطأ السنة ، والفرقة جائزة ، وإن فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة ، لأن من أتى بالثلاث فقد أتى بالأكثر ؛ فيتعلق الحكم به .

ولنا : أنه تفريق قبل تمام اللعان ، فلم يصح كما لو فرق بينهما لأقل من ثلاث ، أو قبل لعان المرأة ، ولأنها أيمان مشروعة لا يجوز للعاكم الحكم قبلها بالإجماع ، فإذا حكم لم يصح حكمه ، كأيمان المختلفين في البيع ، وكما قبل الثلاث ، ولأن الشرع إنما ورد بالتفريق بعد كمال السبب ، فلم يجوز قبله كسائر الأسباب . وما ذكروه محكم لدليل عليه ولا أصل له ، ثم يبطل بما إذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة ، أو بمن توجهت عليه اليمين إذا أتى بأكثر حروفها ، وبالمسابقة إذا قال : من سبق إلى خمس إصابات فسبق إلى ثلاثة ، وبسائر الأسباب . فأما إذا تم اللعان فللعاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرّق بين المتلاعنين ، ولم يستأذنهما . وروى مالك عن نافع عن ابن عمر : أن رجلاً لعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وانتفى من ولدها ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، فألحق الولد^(١) بالمرأة . وروى سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال : شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرّق^(٢) بين المتلاعنين . أخرجهما سعيد . ومتى قلنا : إن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم ، فلم يفرق بينهما ، فالنكاح باق بحاله ، لأن ما يبطل النكاح لم يوجد ، فأشبهه ما لو لم يلاعن .

فصل

٦٢٥٩

وفرقة اللعان فسخ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هي طلاق ، لأنها فرقة من جهة الزوج ، تختص الفكاح ، فكانت طلاقاً كالفرقة بقوله : أنت طالق .

ولنا : أنها فرقة توجب تحريراً مؤبداً ، فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ، ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ، ولا نوى به الطلاق ، فلم يكن طلاقاً كسائر ما يفسخ به النكاح ، ولأنه لو كان طلاقاً لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة .

فصل

٦٢٦٠

وذكر بعض أهل العلم : أن الفرقة إنما حصلت باللعان ، لأن لعنة الله وغضبه قد وقع بأحدهما لتلاعنهما ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال^(٣) عند الخامسة : « إنها الموجبة » أي : إنها توجب لعنة الله وغضبه ، ولا نعلم من هو منهما يميناً ، ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون ، فيملو امرأة غير

إلى هنا انتهى تحقيق الاستاذ طه الزيني ، وبدأ تحقيق الاستاذ محمود فايد ، والاستاذ عبد القادر عطا .

(١) رواه الجماعة عن ابن عمر . (ف)

(٢) في رواية اتفق عليها البخاري ومسلم من رواية سهل بن سعد ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :

« إذا تم التفريق بين كل متلاعنين ، . » (ف)

(٣) عن ابن عباس رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر رجلاً أن يضع يده عند

الخامسة على فيه وقال : إنها الموجبة ، رواه أبو داود والنسائي ورجاله ثقات . (ف)

(٩ - المغني - ٨)

ملعونة ، وهذا لا يجوز ، كما لا يجوز أن يملو المسلمة كافر . ويمكن أن يقال على هذا : لو كان هذا الاحتمال مانعاً من دوام نكاحهما لمنعه من نكاح غيرها ، فإن هذا الاحتمال متحقق فيه . ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة ، والغضب بأحدهما غير معين ، فيفيض إلى علو ملعون لغير ملعونة ، أو إلى إمساكه للملعونة مغضوب عليها . ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه ، فإن الرجل إن كان صادقاً فقد أشاع فاحشتها ، وفضحها على رؤوس الأشهاد ، وأقامها مقام خزي ، وحقق عليها اللعنة والغضب ، وقطع نسب ولدها . وإن كان كاذباً فقد أضاف إلى ذلك بهتتها ، وقذفها بهذه الفرية العظيمة . والمرأة إن كانت صادقة فقد أكذبت على رؤوس الأشهاد ، وأوجبت عليه لعنة الله . وإن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه ، وخانت في نفسها ، وألزمته العار والفضيحة ، وأحوجته إلى هذا المقام الخزي ، فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه لما حصل إليه من إساءته ، لا يكاد يلتئم معها حال ، فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما ، وإزالة الصعبة المتمحضة مفسدة ، ولأنه إن كان كاذباً عليها فلا ينبغي أن يسلط على إمساكها ، مع ما صنع من التقييح إليها . وإن كان صادقاً فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها ، ولهذا قال المجتلي : كذبت^(١) عليها إن أمسكتها .

المسألة الثانية

٦٦٦١

أنها تحرم عليه باللعان تحريماً مؤكداً ، فلا تحل له ، وإن أ كذب نفسه في ظاهر المذهب . ولا خلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه لا تحل له إلا أن يكون قولاً شاذاً . وأما إذا أ كذب نفسه فالذي رواه الجماعة عن أحمد أنها لا تحل له أيضاً ، وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبي طالب ، وابن مسعود ، رضى الله عنهم : أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً . وبه قال الحسن ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والنخعي ، والزهري ، والحكم ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأبو يوسف .

وعن أحمد رواية أخرى : إن أ كذب نفسه حلت له ، وعاد فراشه بحاله ، وهي رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه . قال أبو بكر : لا نعلم أحداً رواها غيره . وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق بينهما الحاكم . فأما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله ، وقد ذكرنا أن مذهب البقي : أن اللعان لا يتعلق به فرقة . وعن سعيد بن المسيب : إن أ كذب نفسه فهو خاطب من الخطاب . وبه قال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، لأن فرقة اللعان عندهما طلاق . وقال سعيد بن جبير : إن أ كذب نفسه ردت إليه ما دامت في العدة .

ولنا : ما روى سهل بن سعد قال : « مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ، ثم لا يجتمعان أبداً »

(١) رواه الشيخان عن سهل بن سعد في رواية له . (ف)

رواه^(١) الجوزجاني في كتابه بإسناده . وروى مثل هذا عن الزهري ، ومالك . ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الحد والتكذيب ، فلم يرتفع بهما ، كتحريم الرضاع .

فصل

٦٢٦٢

فإن كانت أمة فاشتراها مُلاعِنها لم تحل له ، لأن تحريمها تحريم مؤبد ، فحرمت به على مشتريها كالرضاع ، ولأن المطلق ثلاثاً إذا اشترى مطلقة لا تحل له قبل زوج وإصابة ، فهنا أولى ، لأن هذا التحريم مؤبد ، وتحريم الطلاق ليس بمؤبد ، ولأن تحريم الطلاق يختص بالنكاح ، وهذا لا يختص به ، وهذا مذهب الشافعي .

مسألة

٦٢٦٣

قال : ﴿ فإن أ كذب نفسه فلها عليه الحد ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا قذف امرأته ثم أ كذب نفسه فلها عليه الحد ، سواء أ كذبها قبل لعانها أو بعده . وهذا قول الشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . ولأنهم لم يخالفوا ، وذلك لأن اللعان أقيم مقام البينة في حق الزوج ، فإذا أ كذب نفسه بان أن لعانها كذب ، وزيادة في هتكها ، وتكرار لقذفها ، فلا أقل من أن يجب الحد الذي كان واجباً بالقذف المجرد . فإن عاد عن كذاب نفسه وقال : لي بينة أقيمها بزناها ، أو أراد إسقاط الحد عنه باللعان ، لم يسمع منه ، لأن البينة واللعان لتحقيق ماقاله ، وقد أقر بكذب نفسه ، فلا يسمع منه خلافه . وهذا فيما إذا كانت المقدوفة محصنة ، فإن كانت غير محصنة فعليه التمييز .

فصل

٦٢٦٤

ويلحقه نسب الولد ، سواء كان الولد حياً أو ميتاً غنياً كان أو فقيراً ، وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور وقال الثوري : إذا استلحق الولد الميت نظرنا ، فإن كان ذا مال لم يلحقه ، لأنه إنما يدعى مالا ، وإن لم يكن ذا مال لحقه ، وقال أصحاب الرأي : إن كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق ، وتبعه نسب ابنه ، وإن لم يكن ترك ولداً لم يصلح استلحاقه ، ولم يثبت نسبه ، ولا يرث منه المدعى شيئاً ، لأن نسبه منقطع بالموت ، فلم يصلح استلحاقه ، فإذا كان له ولد كان مستلحقاً لولده ، وتبعه نسب الميت .

ولذا ، أن هذا ولد نفاه باللعان ، فكان له استلحاقه ، كما لو كان حياً ، أو كان له ولد ، ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تابعاً لنسب ابنه ، فجعل الأصل تابعاً للفرع ، وذلك

ماطل ، فأما قول الثوري : إنه إما يدعى مالا ، قلنا : إما يدعى النسب والميراث ، والمال تبع له فإن قيل : فهو متهم في أن غرضه حصول الميراث قلنا : إن النسب لا تمنع التهمة لحوقه ، بدليل أنه لو كان له أخ يعاديه فأقرباين لزمه ، وسقط ميراث أخيه ، ولو كان الابن حياً وهو غني ، والأب فقير ، فاستأجده فهو متهم في إيجاب نفقته على ابنه ، ويقبل قوله ، فكذلك هاهنا ، ثم كان ينبغي أن يثبت النسب هاهنا لأنه حق للولد ، ولا تهمة فيه ، ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة ، ولا يلزم من انقطاع التبع انقطاع الأصل . قال القاضي : ويتعلق بالامان أربعة أحكام : حقان عليه : وجوب الحد ، ولحوق النسب ، وحقان له : الفرقة ، والتحرير المؤبد ، فإذا كذب نفسه قبل قوله فيما عليه ، فلزمه الحد والنسب ، فلم يقبل فيما له فلم تزل الفرقة ، ولا التحريم المؤبد .

فصل

٦٢٦٥

فإن لم يكذب نفسه ، ولكن لم يكن له بيعة ، ولا لآعن ، أقيم عليه الحد . فإن أقيم عليه بعضه فبذل اللعان وقال : أنا آلاعن ، قبل منه ، لأن اللعان يسقط جميع الحد ، فيسقط بعضه كالبيعة ، فإن ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر ، فأقامت عليه بيعة أنه قذفها بالزنا ، فقال : صدقت البيعة ، وليس ذلك قذفاً ، لأن القذف الرمي بالزنا كذباً ، وأنا صادق فيما رميتها به ، لم يكن ذلك كذاباً لنفسه ، لأنه ماهر على رميها بالزنا ، وله إسقاط الحد باللعان ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كذهبتنا .

فإن قال : ما زنت ولا رميتها بالزنا ، فأقامت البيعة عليه بقذفها ، لزمه الحد ، ولم تسمع بيعة ولا امانه نص عليه أحمد ، لأن قوله : ما زنت ، تكذيب للبيعة واللعان ، فلا تثبت له حجة قد أكذبها ، وجري هذا مجرى قوله في الودعة : إذا ادّعت عليه فقال : مأودعتني ، فأقامت عليه البيعة بالودعة ، فادعى الرد أو التلف لم يقبل ، ولو أجاب بأنه ماله عهدي شيء ، ولا يستحق على شيئاً ، فأقامت عليه البيعة فادعى الرد أو التلف ، قبل منه .

مسألة

٦٢٦٦

قال : (وإن قذفها وانتفى من ولدها ، وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم ، نفى عنه إذا ذكره في اللعان) .

وجملة ذلك : أن الزوج إذا ولدت امرأته ولداً يمكن كونه منه فهو ولده في الحكم ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم ^(١) : « الولد للفراش » ، ولا ينتفى عنه إلا أن ينفيه باللعان التام الذي اجتمعت شروطه ، وهي أربعة :

أحدها : أن يوجد اللعان منهما جميعاً ، وهذا قول عامة أهل العلم وقال الشافعي : ينتفى بلعان الزوج وحده ، لأن نفي الولد إنما كان بيمينه والتمانه ليمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة في نفي الذنب وهي تثبته ، وتكذب قول من ينفيه ، وإنما لعانها لدرء الخلد عنها ، كما قال الله تعالى : (وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ)^(١) .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نفي الولد عنه بعد تلاعنها ، فلا يجوز النفي بيمينه كبعض لعان الزوج .

والثاني : أن تسكن ألفاظ اللعان منهما جميعاً .

الشرط الثالث : أن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة ، فإن بدأ بلعان المرأة لم يمتدبه ، وبه قال أبو نور وابن المنذر . وقال مالك ، وأصحاب الرأي : إن فعل أخطأ السنة ، والفرقة جائزة ، وينتفى الولد عنه ، لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو ، وهي لاتقتضى ترتيبهما ، ولأن اللعان قد وجد منهما جميعاً ، فأشبهه ما لو رتب ، وعند الشافعي : لا يتم اللعان إلا بالترتيب ، إلا أنه يكفي عنده لعان الرجل وحده لنفي الولد ، وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب ، وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة .

ولنا : أنه أنى باللعان على غير ماورد به القرآن والسنة فلم يصح ، كما لو اقتصر على لفظة واحدة ، ولأن لعان الرجل بينته لإثبات زناها ونفي ولدها ، ولعان المرأة للإنكار ، فقدمت بينة الإثبات كقديم الشهود على الأيمان ، ولأن لعان المرأة لدرء العذاب عنها ، ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل ، فإذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته ، فلم يصح كالأقدمته على القذف .

الشرط الرابع : أن يذكر نفي الولد في اللعان ، فإذا لم يذكر لم ينتف إلا أن يمد اللعان ويذكر نفيه وهذا ظاهر كلام الخرق ، واختيار القاضي ، ومذهب الشافعي . وقال أبو بكر : لا يحتاج إلى ذكر الولد ونفيه ، وينتفى بزوال الفراش ، ولأن حديث سهل بن سعد الذي وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد ، وقال فيه : ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وقضى ألا بدعى ولدها لأب ، ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود . وفي حديث رواه مسلم عن عبد الله أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، وألحق الولد بأمه .

ولنا : أن من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً كالمرأة ، ولأن غاية مافى اللعان أن يثبت زناها ، وذلك لا يوجب نفي الولد ، كما لو أقر به أو قامت به بينة فأما حديث سهل بن سعد فقد روى فيه : وكانت حاملاً فأنكر حملها ، من رواية البخاري . وروى ابن عمر : أن رجلاً لاعن امرأته في زمن

رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وانتفى من ولدها ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وألحق الولد بالمرأة . والزيادة من الثقة مقبولة . فعلى هذا لا بد من ذكر الولد في كل لفظة ، ومع اللعان في الخامسة ، لأنها من لفظات اللعان .

وذكر الخرق شرطاً خامساً وهو : تفريق الحاكّم بينهما ، وهذا على الرواية التي تشترط تفريق الحاكّم لوقوع الفرقة . فأما على الرواية الأخرى فلا يشترط تفريق الحاكّم لنفي الولد ، كما لا يشترط لدرء الخلد عنه ، ولا لفسخ النكاح . وشرط أيضاً شرطاً سادساً وهو : أن يكون قد قذفها ، وهذا شرط اللعان ، فإنه لا يكون إلا بعد القذف ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

فصل

٦٢٦٧

وإن ولدت امرأته توأمين ، وهو أن يكون بينهما دون ستة أشهر ، فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقاً به ، لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره . فإذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة ، فحملنا ما نفاه تابعاً لما استلحقه ، ولم نجعل ما أقر به تابعاً لما نفاه ، لأن النسب يحتاط لإثباته لا لنفيه ، ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ، ويمكن أن يكون من غيره ، ألحقناه به احتياطاً ، ولم نقطعه عنه احتياطاً لنفيه . فإن كان قد قذف أمها فطالبته بالحد فله إسقاطه باللعان ، وحكى عن القاضي : أنه يحد ، ولا يملك إسقاطه باللعان ، وهو مذهب الشافعي . لأنه باستلحاقه اعترف بكذبه في قذفه ، فلم يسمع إنكاره بعد ذلك .

ووجه الأول : أنه لا يلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها ، كما لا يلزم من وجود الزنا منها كون الولد منه ، ولذلك لو أقرت بالزنا أو قامت به بيينة لم ينتف الولد عنه ، فلا تنافي بين لعانه وبين استلحاقه للولد ، وإن استلحق أحد التوأمين وسكت عن الآخر لحقه ، لأنه لو نفاه للحقه ، فإذا سكت عنه كان أولى . ولأن امرأته متى أتت بولد لحقه ما لم ينفعه عنه باللعان . وإن نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقه ، جميعاً . فإن قيل : ألا نفيم المسكوت عنه لأنه قد نفى أخاه ، وهما حمل واحد ؟ قلنا : لحوق النسب مبني على التغليب ، وهو يشبب بمجرد الإمكان ، وإن كان لم يثبت الوطاء ، ولا ينتفى الإمكان للنفي فافترقا . فإن أتت بولد فنفاه ولا عن لنفيه ، ثم ولدت آخر لأقل من ستة أشهر ، لم ينتف الثاني باللعان الأول ، لأن اللعان تناول الأول وحده ، ويحتاج في نفى الثاني إلى لعان ثان . ويحتمل أنه ينتفى بنفيه من غير حاجة إلى لعان ثان ، لأنهما حمل واحد ، وقد لاعن لنفيه مرة ، فلا يحتاج إلى لعان ثان . ذكره للقاضي ، فإن أقر بالثاني لحقه هو والأول لما ذكرناه . وإن سكت عن نفيه لحقه أيضاً ، فأما إن نفى الولد باللعان ، ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر ، فهذا من حمل آخر ، فإنه لا يجوز أن يكون بين ولدين من حمل واحد

مدة الحمل^(١) ، ولو أمكن لم تكن هذه مدة حمل كامل ، فإن نفى هذا الولد باللعان انتفى ، ولا ينتفى بغير اللعان ، لأنه حمل منفرد . وإن استلحقه أو ترك نفية لحقه وإن كانت قد بانت باللعان^(٢) ، لأنه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع الأول ، وإن لاعنها قبل وضع الأول فأتت بولد ، ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني ، لأنها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الأول ، وكان حملها الثاني بعد انقضاء عدتها في غير نكاح ، فلم يحتج^(٣) إلى نفية .

فصل

٦٢٦٨

وإن مات أحد التوأمين أو ماتا معاً ، فله أن يلعن لنفي نسبهما وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يلزمه نسب الحى ، ولا يلعن إلا لنفي الحد ، لأن الميت لا يصح نفية باللعان ، فإن نسبه قد انقطع بموته ، فلا حاجة إلى نفية باللعان ، كما لو ماتت امرأته فإنه لا يلعنها بعد موتها لقطع النكاح ، لكونه قد انقطع ، وإذا لم ينتف للميت لم ينتف الحى ، لأنها حمل واحد .

ولنا : أن الميت ينسب إليه ، فيقال : ابن فلان ، ويلزمه تجهيزه وتكفينه ، فكان له نفى نسبه ، وإسقاط مؤنته كالحى ، وكما لو كان للميت ولد .

مسألة

٦٢٦٩

قال : ﴿ وإن أكذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد ﴾ .

وجملة ذلك : أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفى ولدها ثم أكذب نفسه لحقه الولد إذا كان حياً بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن كان ميتاً لحقه نسبه أيضاً في قول أكثر أهل العلم : سواء كان له ولد أو لم يكن ، وسواء خلف مالا أو لم يخلف ، وذلك لأن النسب حق للولد ، فإذا أقر به لزمه ، وسواء تقدم إنكاره له أو لم يكن ، ولأن سبب نفية عنه نفية له ، فإذا أكذب نفسه فقد زال سبب النفي وبطل ، فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحقوق نسبه به .

فصل

٦٢٧٠

والقذف على ثلاثة أضرب .

واجب : وهو أن يرى امرأته تزنى في طهر لم يطأها فيه ، فإنه يلزمه اعتزالها حتى تنقضي عدتها ، فإذا أتت بولد لسته أشهر من حين الزنا وأمكنته نفية عنه لزمه قذفها ، ونفى ولدها ، لأن ذلك يجري

(٢) في ٢٩ : بلعان .

(١) في ١٩ : مدة حمل .

(٣) في ٢٩ : فلا حاجة .

مجرى اليقين في أن الولد من الزاني ، فإذا لم ينفه لحقه الولد وورثه ، وورث أقاربه ، وورثوا منه ، ونظر إلى بناته وأخوانه ، وليس ذلك بجائز ، فيجب نفيه لإزالة ذلك ولو أقرت بالزنا ووقع في قلبه صدقها فهو كما لو رآها .

الثاني : أن يراها تزني ، أو يثبت عنده زناها ، وليس ثم ولد بلحقه نسبه ، أو ثم ولد لكن لا يعلم أنه من الزنا ، أو يخبره بزناها ثقة بصدقه ، أو يشيع في الناس أن فلاناً يفجر بفلانة ، ويشاهده عندها ، أو داخلا إليها ، أو خارجاً من عندها ، أو يظن على ظنه فجورها ، فهذا له قذفها ، لأنه روى من ^(١) عبد الله أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه ، أو قتل ^(٢) قتلتموه ، أو سكت سكت على غيظ ، فذكر أنه يتكلم أو يسكت ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على هلال والعجلاني قذفهما ^(٣) حين رأيا ، وإن سكت جاز وهو أحسن ، لأنه يمكنه فراقها بطلاقها ، ويكون فيه سترها وستر نفسه ، وليس ثم ولد يحتاج إلى نفيه .

الحال الثالث : محرم ، وهو ما عدا ذلك من قذف أزواجه والأجانب ، فإنه من الكبائر . قال الله تعالى : « إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ » ^(٤) . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه ، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » . رواه أبو داود .

قوله : « وهو ينظر إليه » يعني يراه منه ، فكما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ، ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره ، لأنه غير مأمون على الكذب عليها ، ولا برؤيته رجلاً خارجاً من عندها من غير أن يستفيض زناها ، لأنه يجوز أن يكون دخل سارقاً أو هارباً ، أو لحاجة ، أو لفرض فاسد ، فلم يمكنه ، ولا لاستفاضة ذلك في الناس من غير قرينة تدل على صدقهم ، لاحتمال أن يكون أعداؤها أشاعوا ذلك عنها ، وفيه وجه آخر : أنه يجوز ، لأن الاستفاضة

(١) أخرجه مسلم عن ابن مسعود ج ٢ ص ١٢٣ باختلاف يسير في اللفظ . (ف)

(٢) في ١٨ : أو قتله .

(٣) هو هلال بن أمية قذف أمراًته عند النبي بشريك بن سحما وسحما اسم أمه أسودها وأبوه عبدة بن الجند وحديثه في البخاري وغيره عن ابن عباس ، والعجلاني اسمه عويم بن نضر وحديثه رواه الشيخان عن سهل بن سعد . (ف)

(٤) سورة النور آية ٢٣ .

أقوى من خبر الثقة ، ولا بمخالفة الولد لون والديه أو شبههما ، ولا لشبهه بغير والديه ، لما روى أبو هريرة قال : جاء رجل من بني فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتى جاءت بولد أسود . يمرض بنفسي ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « هل لك من إبل ؟ » قال : نعم ، قال : « فما ألوانها ؟ » قال : حر . قال : « هل فيها من أورك ؟ » . قال : « إن فيها لورقاً »^(١) . قال : « فأنى أتاه ذلك ؟ » . قال : عسى أن يكون نزع عرق . قال : « فهذا عسى أن يكون نزع عرق » . قال : ولم يرخص له الانتفاء منه . متفق عليه .

ولأن للناس كلهم من آدم وحواء وألوانهم وخلقتهم مختلفة ، فلولا مخالفتهم شبه والديهم لمكانوا على خلقة واحدة ، ولأن دلالة الشبه ضميعة ، ودلالة ولادته على الفرائض قوية ، فلا يجوز ترك أقوى لمعارضة الضعيف ولذلك لما تنازع^(٢) سعد بن أبي وقاص ، وعبد بن زمعة ، ورأى النبي صلى الله عليه وسلم فيه شهماً ينفك بعتبة ، ألحق الولد بالفراش ، وترك الشبه . وهذا اختيار أبي عبد الله بن حامد ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي .

وذكر القاضي وأبو الخطاب أن ظاهر كلام أحمد جواز نفيه وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث اللعاب^(٣) : « إن جاءت به أورك جمداً »^(٤) جُمَالِيّاً خَدَلَجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ فهو للذي رميت به ، فأنت به على النعت المسكروه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لو الأيمان لمكان لي ولها شأن » . فجعل الشبه دليلاً على نفيه عنه ، والصحيح الأول . وهذا الحديث إنما يدل على نفيه عنه مع ما تقدم من إيمانه ونفيه إياه عن نفسه . فجعل الشبه مرجحاً لقوله ودليلاً على تصديقه ، وما تقدم من الأحاديث يدل على عدم استقلال الشبه بالنفي . ولأن هذا كان في

(١) في النسخ (أورقا) وهو خطأ والصواب (لورقا) كما في صحيح مسلم ج ٢ ص ١١٣٧ وورق : جمع أورك مثل حر وأحر والأورك مافي لونه سواد وليس بحالك بأن يميل إلى الغبرة وفي القاموس مافي لونه بياض إلى سواد : والعرق في الحديث معناه الأصل ، ومعنى (جذبه عرق) : جذبه لون أصل من أصوله البعيدة إلى لونه . (ف)

(٢) أخرجه الشيخان عن عائشة . ونصه : « اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فتال سعد : يارسول الله هذا ابن أخي عتبة بن أبي وقاص ، عهد إلى أنه ابنه ، انظر إلى شبهه ، وقال عبد ابن زمعة : هذا أخي يارسول الله ، ولد على فراش أبي من وليدته فتظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شهماً ينفك بعتبة فقال : هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه بأسودة فلم ير سودة قط ، . (ف)

(٣) أخرجه أبو داود عن ابن عباس . (ف)

(٤) جمدا : شعره ليس بسبط أى غير مسترسل جمالياً : بضم الجيم وتشديد الميم : العظيم الخلق كأنه جل خدج الساقين : عمتاهما . سابغ الاليتين : عظيمهما . (ف)

موضع زال الفراش وانقطع نسب الولد عن صاحبه ، فلا يثبت مع بقاء الفراش للمقتضى لحوق نسب الولد بصاحبه . وإن كان يعزل عن امرأته فأتت بولد لم يبيح له نفية ، لما ذكرنا من حديث جابر وأبي سعيد .

وعن أبي سعيد^(١) أنه قال : يارسول الله إنا نصيب من النساء ونحب الأئمان افنعزل عنهن ؟ قال : « إن الله إذا قضى خلق نسيمة خلقها » . ولأنه قد يسبق من الماء مالا يحس به فتعلق . وأما إن كان لا يطؤها إلا دون الفرج أو في الدبر فأتت بولد فذكر أصحابنا أنه ليس له نفية ، لأنه لا يأمن أن يسبق الماء إلى الفرج فيعلق به ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وهو بعيد ، لأنه من أحكام الوطء في الفرج ، فلا يتعلق بما دونه كسائر الأحكام . ودلالة عدم الوطء في الفرج على انقضاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون والديه . فأما إن وجد أحد هذه الوجوه التي ذكرنا مع الزنا ويحتمل كونه منه أو من الزاني ، مثل أن زنت في طهر أصابها فيه ، أو زنت فلم يمتزها^(٢) ، ولسكنه كان يعزل عنها ، أو كان لا يطؤها إلا دون الفرج ، أو كان الولد شبيهاً بالزاني دونه ، لزمه نفية ، لأن هذا مع الزنا يوجب نسبته إلى الزاني بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بولد امرأة هلال لشريك بن سحاء ، بشبهه له ، مع لعان هلال لها ، وقذفه إياها . وأما إذا أتت زوجته بولد فشك فيه من غير معرفته زناها فلا يحمل له قذفها ولا لعانها لما تقدم من حديث الفزاري ، وكذلك إن عرف زناها ولم يعلم أن الولد من الزاني ولا وجد دليل عليه فليس له نفية لأن الولد للفراش وللعاهر الحجر .

فصل

٦٢٧١

فإن أكرهت زوجته على الزنا في طهر لم يصعب فيه فأتت بولد يمكن أن يكون من الواطئ فهو منه وليس للزوج قذفها بالزنا لأن هذا ليس بزنا منها .

وقياس المذهب أنه ليس له نفية ، ويلحقه النسب ، لأن نفي الولد لا يكون إلا باللعان ، ومن شرط اللعان القذف ، ولأن اللعان لا يتم إلا بلعان المرأة ، ولا يصح اللعان من المرأة هاهنا ، لأنها لا تكذب الزوج في إكراهها على ذلك ، وهذا قول أصحاب الرأي .

وذكر بعض أصحابنا في ذلك روايتين :

(١) في صحيح البخاري ج ٣ ص ١٠٩ عن ابن محيريز أن أبا سعيد الخدري رضى الله عنه أخبره أنه بينما هو جالس عند النبي صلى الله عليه وسلم قال : يارسول الله إنا نصيب سبياً فنحب الأئمان فكيف ترى في العزل فقال : أو إنكم تفعلون ذلك ، لا عليكم ألا تفعلوا ذلك فإنها ليست نسيمة كتب الله أن تخرج إلا هي خارجة . قوله : ونحب الأئمان ، معناه نحب بيعها فلو ولدت صارت أم ولد يتمتع بيعها وأخذ ثمنها . (ف)

(٢) أي : لم يهجر فراشها .

إحداها : له نفيه باللعان ، لأنه محتاج إلى نفيه ، فكان له نفيه كالمزنية مطاوعة ، وهذا مذهب الشافعي وهذا إنما يصح عند الشافعي لأنه يرى نفي الولد بلعان الزوج وحده . وأما^(١) من لا يرى ذلك فلا يصح عنده النفي باللعان هاهنا ، والله تعالى أعلم .

مسألة

٦٢٧٢

قال : (وإن نفي الحمل في الثمانه لم ينتف عنه حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن) .

اختلف أصحابنا فيما إذا لعن امرأته وهي حامل ، ونفي حملها في لعانها ، فقال الخرق وجماعة لا ينتفي الحمل بنفيه قبل الوضع ، ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع ، وينتفي الولد فيه ، وهذا قول أبي حنيفة ، وجماعة من أهل الكوفة ، لأن الحمل غير مستيقن ، يجوز أن يكون ریحاً أو غيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ، ولا يجوز تعليق اللعان بشرط ، وقال مالك والشافعي وجماعة من أهل الحجاز يصح نفي الحمل وينتفي عنه ، محتجين بحديث هلال ، وأنه نفي حملها ، فنفاه عنه النبي صلى الله عليه وسلم : وألقه بالأول ولا خفاء بأنه^(٢) كان حملاً ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : « انظروها فإن جاءت به » كذا وكذا قال ابن عبد البر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها ، ولأن الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ، ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها الحائض ، من النفقة ، والفطر في الصيام ، وترك إقامة الحد عليها ، وتأخير القصاص عنها ، وغير ذلك مما يطول ذكره ، وبصح استباحة الحمل ، فكان كالولد بعد وضعه . وهذا القول هو الصحيح لموافقه ظواهر الأحاديث ، وما خالف الحديث لا يعاب به كائناً ما كان وقال أبو بكر : ينتفي الولد بزوال الفراش ، ولا يحتاج إلى ذكره في اللعان احتجاجاً بظاهر الأحاديث ، حيث لم ينقل فيها نفي الحمل ، ولا التعرض لنفيه ، وقد ذكر ذلك ، فأما من قال : إن الولد لا ينتفي إلا بنفيه بعد الوضع ، فإنه يحتاج في نفيه إلى إعادة اللعان بعد الوضع ، وقال أبو حنيفة ومن وافقه ، إن لاعتها حاملاً ، ثم أتت بالولد لزمه ، ولم يتمكن من نفيه ، لأن اللعان لا يكون إلا بين الزوجين ، وهذه قد بان بلعانها في حال حملها وهذا فيه إلهامه ولداً ليس منه ، وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا ، والله تعالى قد جعل له إلى ذلك طريقاً فلا يجوز سده ، وإنما تعتبر الزوجية في الحال التي أضاف الزنا إليها فيه ، لأن الولد الذي تأتي به ياحقه إذا لم ينفيه فيحتاج إلى نفيه ، وهذه كانت زوجة^(٣) في تلك الحال ، فلك نفي ولدها ، والله أعلم .

(٢) في ١٨ : ٣٩ في أنه .

(١) هذه هي الرواية الثانية .

(٣) في ٣٩ : كانت زوجته .

٦٢٧٣

فصل

وإن استلحق الحمل فن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه ، وهو المنصوص عن أحمد ومن أجاز نفيه قال : يصح^(١) استلحاقه ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه محكوم بوجوده ، بدليل وجوب النفقة ، ووقف الميراث ، فصح الإقرار به كالمولود ، وإذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك ، كالمولود ، ومن قال : لا يصح استلحاقه قال : لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ، ولا يلزمه ذلك بالإجماع ، ولأن للشبه أثرًا في الإلحاق ، بدليل حديث الملاعة ، وذلك مختص بما بعد الوضع فاخص صحة الاستلحاق به ، فعلى هذا لو استلحقه ، ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك ، فأما إن سكنت عنه فلم ينفيه ، ولم يستلحقه لم يلزمه عند أحد [ممن] علمنا قوله ، لأن تركه محتمل أن يكون ، لأنه لا يتحقق وجوده إلا أن يلاهنها فإن أبا حنيفة ألزمه الولد على ما أسلفناه^(٢) .

٦٢٧٤

فصل

وإذا ولدت امرأته ولداً فسكت عن نفيه مع إمكانه لزمه نسبه ، ولم يكن له نفيه بعد ذلك ، وبهذا قال الشافعى : قال أبو بكر : لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ما جرت به العادة ، إن كان ليلاً حتى يصبح وينشر الناس ، وإن كان جائماً أو ظمآنً حتى يأكل أو يشرب ، أو ينام إن كان ناعساً ، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ، ويركب ويصلى إن حضرت الصلاة ، ويحرمز ماله إن كان غير محرمز وأشباه ذلك من أشغاله ، فإن أخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه ، وقال أبو حنيفة : له تأخير نفيه يوماً ويومين استعساناً ، لأن النفي عقيب الولادة يشق ، فقدر باليومين لقلته . وقال أبو يوسف ومحمد : يتقدر بمدة النفاس ، لأنها جارية مجرى الولادة في الحكم ، وحكى عن عطاء ، ومجاهد : أن له نفيه ما لم يعترف به ، فكان له نفيه كحالة الولادة .

ولنا : أنه خيار لدفع ضرر متحقق ، فكان على الفور اختيار الشفعة ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفرش » عام ، خرج منه ما اتفقنا عليه ، مع السنة الثابتة ، فما هذاه يبقى على عموم الحديث^(٣) ، وما ذكره أبو حنيفة يبطل بخيار الرد بالمعيب ، والأخذ بالشفعة ، وتقديره بمدة النفاس تحكم لادليل عليه وما قاله عطاء يبطل أيضاً بما ذكرناه ، ولا يلزم القصاص لأنه لا استيفاء حق لا لدفع ضرر ، ولا الحمل لأنه لم يتحقق ضرره .

إذا ثبت هذا : فهل يتقدر الخيار في النفي بتجسس العلم ، أو بإمكان النفي ، على وجهين ، بناء على

(١) في النسخ المطبوعة (لا يصح) والصواب (يصح) كما في الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٤ . (ف)

(٢) في ١٨ : على ما أسلفنا .

(٣) في ١٨ : على العموم وسقطت كلمة (الحديث) .

المطالبة بالشفعة . فإن آخر نفيه عن ذلك ، ثم ادعى أنه لا يعلم بالولادة ، وأمكن صدقه بأن يكون في موضع يخفى عليه ذلك ، مثل أن يكون في محلة أخرى ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم العلم ، وإن لم يمكن مثل أن يكون معها في الدار لم يقبل ، لأن ذلك لا يكاد يخفى عليه ، وإن قال : علمت ولادته ولم أعلم أن لي نفيه ، أو علمت ذلك ، ولم أعلم أنه على الفور ، وكان ممن يخفى عليه ذلك كعادة الناس قبل منه ، لأن هذا مما يخفى عليهم ، فأشبهه ما لو كان حديث عهد بالإسلام ، وإن كان فقيها لم يقبل ذلك . ويحتمل أن يقبل منه ، لأن الفقيه يخفى عليه كثير من الأحكام . وقال أصحابنا لا يقبل ذلك من العقيه ويقبل من الناشئ ببادية ، وحديث العهد بالإسلام . وهل يقبل من سائر العامة ؟ على وجهين . وإن كان له عذر يمنه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس أو الاشتغال بمحفظ مال يخاف ضيعته أو بملازمة غريم يخاف فوته أو غيبته ، نظرت ، فإن كانت مدة ذلك قصيرة فأخره إلى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه ، لأنه بمنزلة من علم ذلك ليلاً ، فأخره إلى الصبح ، وإن كانت تتناول فأمكنه التنفيذ إلى الحاكم ليبعث إليه من يستوفى عليه اللعان والنفي . فلم يفعل سقط فيه ، فإن لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد أسرته ، فإن لم يفعل بطل خياره ، لأنه إذا لم يقدر على نفيه كان الإشهاد قائماً مقامه ، كما يقيم المريض للغيبة بقوله بدلا من الغيبة بالجماع . فإن قال : لم أصدق الخبر عنه نظرت ، فإن كان مستفيضاً منتشراً لم يقبل قوله . وإن لم يكن مستفيضاً ، وكان الخبر مشهور العدالة لم يقبل ، وإلا قبل . وإن قال : لم أعلم أن على ذلك قبل قوله لأنه مما يخفى . وإن علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره . وإن أقام من غير حاجة بطل ، لأنه أخره لغير عذر . وإن كانت له حاجة تمنعه من السير ، فهو على ما ذكرنا من قبل . وإن آخر نفيه لغير عذر ، وقال : أخرت نفيه رجاء أن يموت فأستر عليه وعلى بطل خياره ، لأنه آخر نفيه مع الإمكان لغير عذر .

فصل

٦٢٧٥

فإن هُتِيَ به فأمّن على الدعاء لزمه في قولهم جميعاً ، وإن قال : أحسن الله جزاءك ، أو بارك الله عليك ، أو رزقك الله مثله ، لزمه الولد . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يلزمه ، لأنه جازاه^(١) على قصده ، وإذا قال رزقك الله مثله فليس ذلك إقراراً ولا متضمناً له .

ولنا : أن ذلك جواب الراضى في العادة ، فسكان إقراراً كاتأمين على الدعاء . . وإن سكّت كان إقراراً . ذكره أبو بكر ، لأن السكوت صلح دلالة على الرضى في حق المبكر وفي مواضع أخرى ، فهمنا أولى . وفي كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك في قول جماعة أهل العلم منهم : للشعبي ، والنخعي ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وقال الحسن : له

أن يلاعن لنفيه مادامت أمه عنده ، يصير لها الولد ، ولو أقر به ، والذي عليه الجمهور أولى ، فإنه أقر به فلم يملك جده ، كما لو بانث منه أمه . ولأنه أقر بحق عليه فلم يقبل منه جده كسائر الحقوق .

مسألة

٦٢٧٦

قال **ولو جاءت امرأته بولد فقال : لم تن ولستك ليس هذا الولد منى ، فهو ولده في الحكم ، ولا حد عليه لها .**

وجلة ذلك : أن المرأة إذا ولدت فقال زوجها : ليس هذا الولد منى ، أو قال ليس هذا ولدى ، فلا حد عليه ، لأن هذا ليس يقذف بظاهره ، لاحتمال أنه يريد أنه من زوج آخر . أو من وطء بشبهة ، أو غير ذلك ، ولستك يسأل ، فإن قال : زنت فولدت هذا من الزنا ، فهذا قذف يثبت به اللعان ، وإن قال : أردت لا يشبهنى ^(١) خالقاً ولا خلقاً ، فقالت : بل أردت قذفى . فانقول قوله ، لأنه أعلم بمراده ، لاسيما إذا صرح بقوله : لم تن . وإن قال : وطئت بشبهة ، والولد من الواطء ، فلا حد عليه أيضاً ، لأنه لم يقذفها ، ولا قذف واطئها ، وإن قال : أكرهت على الزنا فلا حد أيضاً ، لأنه لم يقذفها ولا لعان في هذه المواضع ، لأنه لم يقذفها ، ومن شرط اللعان : القذف ، ويلحقه نسب الولد . وبهذا قال أبو حنيفة . وذكر القاضى أن له في هذه الصورة الآخرة رواية أخرى ، أن له اللعان ، لأنه ، محتاج إلى نفي الولد ، بخلاف ما إذا قال وطئت بشبهة ، فإنه يمكن نفي النسب بعرض الولد على القافة فيستغنى بذلك عن اللعان ، فلا يشرع كما لا يشرع لعان أمته ، لما أمكن نفي نسب ولدها بدعوى الاستبراء ، وهذا مذهب الشافعى .

وانسا : أن اللعان إنما ورد به الشرع بعد القذف في قوله تعالى : « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ^(٢) » الآية . ولما لعن النبي صلى الله عليه وسلم ، بين هلال واسرته كان بعد قذفه إيها ، وكذلك لما لعن بين عويمر المجالى واسرته كان بعد قذفه إيها ، ولا يثبت الحكم إلا في مثله ، ولأن نفي اللعان إنما ينتفى به الولد بتمامه منهما ، ولا يتحقق اللعان من المرأة ههنا ، فأما إن قال : وطئت فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فقد قذفها ، وله لعانها ، ونفى نسب ولدها ، وقال القاضى ليس له نفيه باللعان . وكذلك قال أصحاب الشافعى ، لأنه يمكن نفي نسبه بعرضه على القافة فأشبهه مالم قال واشتبه عليك أيضاً .

ولنا : أنه رام لزوجه ، فيدخل في عموم قوله تعالى : « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ^(٣) » ولأنه رام لزوجه بالزنا ، فلك لعانها ونفى ولدها ، كما لو قال : زنى بك فلان . وما ذكره لا يصح فإنه قد لا يوجد

(١) في ١٨ : أنه لا يشبهنى . (٢) سورة النور آية ٦ .

(٣) سورة النور آية ٦ .

قافة ، وقد لا يعترف الرجل بما نسب إليه ، بغيث ، أو يموت ، فلا ينتفى الولد : وإن قال : ما ولدته ، وإنما التقطته أو استعترته ، فقالت : بل هو ولدى منك ، لم يقبل قول المرأة إلا ببينة . وهذا قول الشافعى ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، لأن الولادة يمكن إقامة البينة عليها ، والأصل عدمها ، فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين . قال القاضى : وكذلك لا تقبل دعواها للولادة فيما إذا علق طلاقها بها ولا دعوى الأمة لها ، لتصير بها أم ولد ويقبل قولها فيها لتقضى عدتها بها ، فعلى هذا لا يلحقه الولد إلا أن تقيم بينة ، وهى : امرأة مرضية تشهد بولادتها له ، فإذا ثبتت ولادتها له لحقه نسبه ، لأنه ولد على فراشه والولد للفراش .

وذكر القاضى فى موضع آخر : أن القول قول المرأة لقول الله تعالى : « وَلَا يَحِلُّ لَهَا أَنْ يَكْتُمَنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهَا »^(١) وتحريم كتمانها دليل على قبول قولها فيه ولأنه خارج من المرأة تنقضى به عدتها ، فقبل قولها فيه كالحيض ، ولأنه حكم يتعلق بالولادة ، فقبل قولها فيه كالحيض . فعلى هذا النسب لاحق به ، فهل له نفيه باللعان ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس له نفيه ، لأن إنكاره لولادتها إياه إقرار بأنها لم تلده من زنا فلا يقبل إنكاره لذلك ، لأنه تكذيب لنفسه .

والثانى : له نفيه ، لأنه رام لزوجه وناف لولدها ، فكان له نفيه باللعان كغيره .

فصل

٦٢٧٧

ومن ولدت امرأته ولداً لا يمكن كونه منه فى النكاح لم يلحقه نسبه ، ولم يحتج إلى نفيه ، لأنه يعلم أنه ليس منه ، فلم يلحقه ، كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتى به لدون ستة أشهر من حين تزوجها ، فلا يلحق به فى قول كل من علمنا قوله من أهل العلم ، لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها ، وإن كان الزوج طفلاً له أقل من عشر سنين فأنت امرأته بولد لم يلحقه ، لأنه لا يولد^(٢) ولد لمثله ولا يمكنه الوطء . وإن كان له عشر فحملت امرأته لحقه ولدها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم^(٣) : « واضربوهم على الصلاة لعشر ، وفرقوا بينهم فى المضاجع » . وقال القاضى : يلحق به إذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل ، لأن الجارية يولد لها التسع ، فكذلك العلام ، وقال أبو بكر : لا يلحقه حتى يبلغ ، لأن الولد إنما يكون من النساء ، ولا ينزل حتى يبلغ .

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) فى المطبوعة يوجد ولد لمثله . خطأ . وفى ٢٩ : لا يولد ولد لمثله

(٣) أخرج أحمد وأبو داود والحاكم عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دمرى أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم فى المضاجع » . (ف)

ولنا : أنه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ . وقد روى أن عمرو بن العاص وابنه عبد الله لم يكن بينهما إلا اثني عشر عاماً وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتفريق بينهم ، دليل على إمكان الوطء الذى هو سبب الولادة ، وأما قياس الفلام على الجارية فغير صحيح ، فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة ، والفلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع ، وقد تحيض لتسع ، وما عهد بلوغ غلام لتسع ، ولو تزوج رجل امرأة في مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ، ثم أتت أمراًته بولد لستة أشهر من حين العقد أو تزوج مشرق بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه ، وبذلك قال مالك ، والشافعى ، وقال : أبو حنيفة يلحقه نسبه لأن الولد إنما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ، ألا ترى أنكم قائم إذا مضى زمان الإمكان لحق الولد وإن علم أنه لم يحصل منه الوطء .

وانسا : أنه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد ، فلم يلحق به الولد ، كزوجة ابن سفة ، أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر . وفارق ما قاسوا عليه ، لأن الإمكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعاً ، لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء ، فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح ، ولم يجوز حذف الإمكان من الاعتبار ، لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه ، فلم يجوز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه وإن ولدت امرأة مقطوع الذكر والأنثيين لم يلحق نسبه به في قول عامة أهل العلم ، لأنه يستحيل منه الإنزال والإيلاج ، وإن قطعت أنثياه دون ذكره فكذلك . لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد ، وقال أصحابنا : يلحقه للنسب ، لأنه بتصور منه الإيلاج وينزل ماء رقيقاً .

ولنا : أن هذا لا يخلق منه ولد عادة ، ولا وجد ذلك ، فأشبه ما لو قطع ذكره معها ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد ، كما لو أوجع إصبعه . وأما قطع ذكره وحده فإنه يلحقه الولد لأنه يمكن أن يساق فينزل ماء يخلق منه الولد . ولأصحاب الشافعى اختلاف في ذلك على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا . قال ابن اللبان : لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين في قول الجمهور .

وقال بعضهم : يلحقه بالفراش ، وهو غلط ، لأن الولد إنما يلحق بالفراش إذا أمكن ألا ترى أنها إذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه ، وههنا لا يمكن لفقد المنى من المسلول ، وتعذر إيصال المنى إلى قعر الرحم من الجنبوب . ولا معنى لقول من قال يجوز أن تستدخل المرأة منى الرجل فتعمل ، لأن الولد مخلوق من منى الرجل والمرأة جميعاً ، ولذلك يأخذ الشبه منهما ، وإذا استدخلت المنى بغير جماع لم تحدث لها لذة تنى بها ، فلا ينفك منها ، ولو صح ذلك لسكان الأجنيان الرجل والمرأة إذا تصادقا [على] أنها استدخلت منيه وأن الولد من ذلك المنى يلحقه نسبه ، وما قال ذلك أحد .

٦٢٧٨

فصل

وإن طلق امرأته وهي حامل فوضعت ولداً ، ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر فهو^(١) من الزوج لأننا نعلم أنهما حمل واحد ، فإذا كان أحدهما منه فالآخر منه . وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر لم يلحق الزوج ، وانتفى عنه من غير لعان ، لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملاً واحداً ، وبينهما مدة الحمل ، فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية ، وانقضاء العدة ، وكونها أجنبية ، فهي كسائر الأجنبية . وإن طلقها فاعتدت بالأقراء ثم ولدت ولداً قبل مضي ستة أشهر من آخر أقرانها لحقه ، لأننا نيقن أنها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ، ونعلم أنها كانت حاملاً به في زمن رؤية الدم ، فيلزم ألا يكون الدم حيضاً ، فلم تنقض عدتها به . وإن أتت به لأكثر من ذلك لم يلحق بالزوج . وهذا قول أبي العباس بن سريج . وقال غيره من أصحاب الشافعي : يلحق به ، لأنه يمكن أن يكون منه ، والولد يلحق بالإمكان .

ولنا : أنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت يمكن ألا يكون منه ، فلم يلحقه كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل ، وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء الزوجية أو العدة ، وأما بعدها فلا يكتفى بالإمكان للحاقه ، وإنما يكتفى بالإمكان لففيه ، وذلك لأن الفراش سبب ، ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها ، فإذا انتفى السبب وآثاره فينتفى الحكم لانقضاءه ، ولا يلتفت إلى مجرد الإمكان . والله أعلم .

فأما إن وضعته قبل انقضاء العدة لأقل من أربع سنين لحق بالزوج ، ولم ينتف عنه إلا باللعان . وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق وكان بائناً انتفى عنه بغير لعان ، لأننا علمنا أنها علقت به بعد زوال الفراش . وإن كان رجعيًا فوضعت له لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة فكذلك ، لأنها علقت به بعد البينونة ، وإن وضعته لأكثر من أربع سنين منذ الطلاق ، ولأقل منها منذ انقضت العدة ، ففيه روايتان :

إحداها : لا يلحقه ، لأنها لم تعلق به قبل طلاقها ، فأشبهت البائن .

والثانية : يلحقه ، لأنها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والإبلاء ، والحل في رواية ، فأشبهه ما قبل الطلاق .

٦٢٧٩

فصل

فإن غاب عن زوجته سنين فبلغتها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحاً صحيحاً في الظاهر ، ودخل بها الثاني وأولدها أولاداً ، ثم قدم الأول ، فسخ نكاح الثاني ، وردت إلى الأول ، وتعتد من الثاني ،

(١) في المطبوعة : أنهم ، والسياق يقتضي ما أثبتناه من ٣٩ ، ١٨ .

ولما عليه صدق مثلما ، والأولاد له ، لأنهم ولدوا على فراشه . روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وهو قول الثوري ، وأهل العراق ، وابن أبي ليلى ، ومالك ، وأهل الحجاز ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي يوسف ، وغيرهم من أهل العلم ، إلا أبا حنيفة قال : الولد الأول ، لأنه صاحب الفراش ، لأن نكاحه صحيح ثابت ، ونكاح الثاني غير ثابت ، فأشبهه الأجنبي .

ولنا أن الثاني انفرد بوطئها في نكاح يالحق النسب في مثله^(١) ، فكان الولد له دون غيره ، كولد الأمة من زوجها ، يالحقه دون سيدها ، وفارق الأجنبي ، فإنه ليس له نكاح .

فصل

٦٢٨٠

وإن وطئ رجل امرأة لا زوج لها بشبهة ، فأنت بولد لحقه نسبه . وهذا قول للشافعي وأبي حنيفة . وقال القاضي : وجدت بخط أبي بكر : أنه لا يالحق به ، لأن النسب لا يالحق إلا في نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك ، ولم يوجد شيء من ذلك ، ولأنه وطئ لا يستند إلى عقد فلم يالحق الولد فيسه بالوطء^(٢) كالزنا . والصحيح في المذهب الأول .

قال أحمد : كل من درأت عنه الحسد ألحقت به الولد ، ولأنه وطئ اعتقد الواطئ حله ، فالحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد . وفارق وطئ الزنا ، فإنه لا يعتد الحل فيه . ولو تزوج رجلان أختين فغلاط بهما^(٣) عند الدخول ، فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى ، فوطئها وحملت منه ، لحق الولد بالواطئ ، لأنه وطئ بمتقد حله ، فالحق به النسب كالوطء في نكاح فاسد .

وقال أبو بكر : لا يكون الولد للواطئ ، وإنما يكون للزوج . وهذا الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة لأن الولد للفراش .

ولنا : أن الواطئ انفرد بوطئها فيما يالحق به النسب ، فالحق به كالأول لم تكن ذات زوج ، وكألو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حيا . والخبر مخصوص بهذا ، ففقيس عليه ما كان في معناه . وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة في طهر لم يصحبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطئ ، وانتفى عن الزوج من غير لعان . وعلى قول أبي بكر وأبي حنيفة : يالحق الولد للفراش . وإن أنكر الواطئ الوطء فالقول قوله بغير يمين ، ويالحق نسب الولد بالزوج ، لأنه لا يمكن إلحاقه بالفسك ، ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب الولد . وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج^(٤) بكل حال ، لأننا نعلم أنه ليس من الواطئ . وإن اشتركا في وطئها

(٢) في ١٨ و ٢٩ : بالوطء فيه

(١) في ١٨ : بمثله

(٤) في ٢٩ : بالزوج

(٣) في المطبوعة : فغلاط بهما

في طهر فانت يولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج ، لأن الولد للفراش ، وقد أمكن كونه منه . وإن ادعى الزوج أنه من الواطيء فقال بعض أصحابنا : يعرض على القافة معهما ، فيالحق بمن ألحقته به منهما ، فإن ألحقته بالواطيء لحقه ، ولم يملك نفيه عن نفسه ، وانتفى عن الزوج بغير إيمان . وإن ألحقته بالزوج لحق ، ولم يملك نفيه بالإيمان في أصح الروايتين . والأخرى : له ذلك . وإن ألحقته بهما لحق بهما ، ولم يملك الواطيء نفيه عن نفسه . وهل يملك الزوج نفيه بالإيمان ؟ على روايتين . وإن لم توجد قافة ، أو أنكر الواطيء الوطء ، أو اشتبه على القافة ، لحق الزوج ، لأن المقتضى للحاق النسب به متحقق ، ولم يوجد ما يعارضه ، فوجب إثبات حكمه . وبمقتضى أن يلحق الزوج بكل حال ، لأن دلالة قول القافة ضعيفة ، ودلالة الفراش قوية ، فلا يجوز ترك دلالة لما رضة دلالة ضعيفة .

فصل

٦٢٨١

وإن أتت بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرنا ، فإن كانت تزوجت بعد انقضاء المدة لم يلحق بالأول بحال ، وإن كان بعد أربع سنين منذ بانث من الأول لم يلحق به أيضاً وإن وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يلحق به . وينتفى عنهما . وإن كان لأكثر من ستة أشهر فهو ولده ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ، ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ، ولم يعلم انقضاء المدة عرض على القافة ، وألحق بمن ألحقته به منهما ، فإن ألحقته بالأول انتفى عن الزوج بغير إيمان وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ، ولحق الزوج وهل له نفيه بالإيمان ؟ على روايتين :

مسألة

٦٢٨٢

قال : ﴿ والامان الذي يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحض من الحاكم : أشهد بالله لقد زنت ، ويشير إليها ، وإن لم تكن حاضرة سماها ونسبها ، حتى يكمل ذلك أربع صرات ، ثم يوقف عند الخامسة ويقال له : اتق الله فإنها الموجبة ، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فإن أبي إلا أن يتم فليقل : ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وتقول هي : أشهد بالله لقد كذب أربع صرات ، ثم توقف عند الخامسة وتخوف كما خوف الرجل ، فإن رأت إلا أن تتم فليقل : وغضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا ﴾ .

في هذه المسألة مسألتان :

إحداها

٦٢٨٣

أن الامان لا يصح إلا بمحض من الحاكم ، أو من يقوم مقامه . وهذا مذهب للشافعي ، لأن النهي

صلى الله عليه وسلم أمر^(١) هلال بن أمية أن يستدعى زوجته إليه ، ولا عن بينهما ، ولأنه إما يمين ، وإما شهادة ، فأيهما كان فن شرطه الحاكم . وإن تراضى الزوجان بغير الحاكم^(٢) يلاعن بينهما لم يصح ذلك ، لأن اللعان مبنى على التغليظ والتأكيد ، فلم يجوز بغير الحاكم كالحد . وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين في ظاهر كلام الخرق . وقال أصحاب الشافعي : للسيد أن يلاعن بين عبده وأمه ، لأن له إقامة الحد عليهما .

ولنا : أنه لعان بين زوجين ، فلم يجوز لغير الحاكم أو نائبه ، كاللعان بين الحرين . ولا نسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزوجة . ثم لا يشبه اللعان الحد ، لأن الحد زجر ونأديب واللعان إما شهادة ، وإما يمين فافتراقا ، ولأن اللعان داري للحد^(٣) وموجب له ، فجري مجرى إقامة البيعة على الزنا ، والحكم به أو بغيره . وإن كانت المرأة خفيرة^(٤) لا تبرز لحوائجها ، بعث معه عدولا ليلاعنوا بينهما ، وإن بعث نائبه وحده جاز ، لأن الجمع غير واجب .

فصل

٦٢٨٤

ويستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين ، لأن ابن عباس وابن عمر ، وسهل بن سعد ، حضروه مع حادثة أسفانهم . فدل ذلك على أنه حضره^(٥) جمع كثير ، لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعا للرجال . ولأن اللعان بنى على التغليظ مبالغة في الردع به والزجر ، وفعله في الجماعة أبلغ في ذلك . ويستحب ألا ينقصوا عن أربعة ، لأن بيعة الزنا الذي شرع اللعان من أجل الرمي به لأربعة ، وليس شيء من هذا واجبا . ويستحب أن يتلاعنا قياما ، فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم . فإذا فرغ قامت المرأة فالتعننت وهي قائمة . لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال هلال بن أمية : « قم فاشهد أربع شهادات » ، ولأنه إذا قام شاهده الناس ، فكان أبلغ في شهرته ، فاستحب كثرة الجمع ، وليس ذلك واجبا . وبهذا كله قال أبو حنيفة ، والشافعي ، ولا أعلم فيه مخالفا .

(١) أخرج ابن مردويه من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتى زنت وسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم كأنه منكس في الأرض ثم رفع رأسه فقال : قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فائت بها فجاءت فقال : قم فاشهد أربع شهادات إلخ انتهى من الدر المنثور ج ٥ ص ٢٣ . وورد في سنن أبي داود ج ٢ ص ٥٢٣ عن ابن عباس ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسلوا إليها فجاءت . . . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاعنوا بينهما . وفي رواية لأبي داود قبلها ص ٥٢٢ ، فقام هلال بن أمية فشهد . . . ثم قامت فشهدت (ف)

(٢) في ٣٩ : بغير حاكم (٣) في ١٨ : يدرأ الحد ويوجبه .

(٤) من الخفر ، وهو : شدة الحياء .

(٥) في ٣٩ : على حضور جمع .

٦٢٨٥

فصل

قال القاضي : ولا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ، ولم يقيده بزمان ولا مكان ، فلا يجوز تقييده إلا بدليل ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الرجل بإحضار امرأته ، ولم يخصه بزمان ، ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل . وقال أبو الخطاب : يستحب أن يقرأ في الأزمان والأماكن التي تعظم . وهذا مذهب الشافعي ، إلا أن عنده في التغليظ بالسكان قوانين .

أحدهما : أن التغليظ به مستحب كالزمان .

والثاني : أنه واجب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن عند المنبر ، فكان فعله بياناً لللعان ، ومعنى التغليظ بالسكان : أنهما إذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام ، فإنه أشرف البقاع ، وإن كانا في المدينة فعند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي سائر البلدان في جوامعها ، وأما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى : (تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَثِقِيمَانِ بِاللَّهِ)^(١) وأجمع المفسرون على أن المراد بالصلاة صلاة العصر . قال أبو الخطاب في موضع : أو بين الأذنين ، لأن الدعاء^(٢) بينهما لا يرد ، والصحيح الأول ، ولو استحب ذلك لفعله النبي صلى الله عليه وسلم ، ولو فعله لنقل ولم يسع تركه وإهماله . وأما قولهم : إن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما عند المنبر ، فليس هذا في شيء من الأحاديث المشهورة .

وإن ثبت هذا : فيحتمل أنه كان بحكم الاتفاق ، لأن مجلسه كان عنده ، فلاعن بينهما في مجلسه . فإن كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين . ويحتمل أن يغلظ في المكان لقوله في الأيمان : وإن كان لهم مواضع يعظمونها ويَتَوَقَّوْنَ أَنْ يَحْلِفُوا فِيهَا كاذبين حلفوا فيها ، فعلى هذا يلاعن بينهما في مواضعهم اللاتي يعظمونها النصراني في الكنييسة ، واليهودي في البيعة ، والمجوسي في بيت النار . وإن لم يكن لهم مواضع يعظمونها حلفهم الحاكم في مجلسه ، لتعذر التغليظ بالسكان ، وإن كانت المسألة حائضاً وقلنا إن اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله ، لأن ذلك أقرب المواضع إليه .

٦٢٨٦

المسألة الثانية في ألفاظ اللعان وصفته

أما ألفاظه فهي خمسة في حق كل واحد منهما . وصفته أن الإمام يبدأ بالزوج فيقيمه ، ويقول له :

(١) سورة المائدة آية ١٠٦ .

(٢) عن أنس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يرد الدعاء بين الأذان

والإقامة . (ف)

قل أربع مرات : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا ، ويشير إليها إن كانت حاضرة ، ولا يحتاج مع الحضور والإشارة إلى نسبها وتسميتها ، كالا يحتاج إلى ذلك في سائر العقود . وإن كانت غائبة أسماها ونسبها ، فقال امرأتى فلانة بنت فلان ، ويرفع في نسبها حتى ينفى المشاركة بينها وبين غيرها . فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال له : اتق الله فإنها الموجبة ، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وكل شيء أهون من لعنة الله ، وبأسر رجلا فيضع يده على فيه ، حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة ، ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه ، فإن رآه يمشى في ذلك قال له قل : وأن لعنة الله على إن كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا .

ثم يأمر المرأة بالقيام ، ويقول لها قولي : أشهد بالله إن زوجي هذا من الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتشير إليه ، وإن كان غائبا أسمته ونسبته ، فإذا كررت ذلك أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا في حق الزوج ، وبأسر امرأة فتضع يدها على فيها ، فإن رآها تمضى على ذلك قال لها قولي : وإن غضب الله على إن كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا .

قال إسحاق بن منصور : قلت لأحمد : كيف يلاعن ؟ قال : على ما في كتاب الله ، يقول أربع مرات أشهد بالله إني فيما رميتها به لمن الصادقين ، ثم يوقف عند الخامسة فيقول : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين .

والمرأة مثل ذلك توقف عند الخامسة ، فيقال لها إلتقي الله^(١) ، فإنها الموجبة توجب عليك العذاب ، فإن حلفت قالت : غضب الله عليها إن كان من الصادقين . وعدد هذه الألفاظ الخمسة شرط في اللعان . فإن أخل بواحدة منها لم يصح على ما ذكرناه فيما مضى . وإن أبدل لفظا منها فظاهر كلام الخرقى أنه يجوز أن يبدل قوله إني لمن الصادقين بقوله ، لقد زنت ، لأن معناها واحد ، ويجوز لها إبدال إنه لمن الكاذبين بقولها : لقد كذب ، لأنه ذكر صفة اللعان كذلك ، واتباع لفظ النص أولى وأحسن . وإن أبدل لفظه « أشهد » بلفظ من ألفاظ اليمين فقال : أحلف أو أقسم أو أولي لم يعتد به .

وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر : أنه يعتد به ، لأنه أتى بالمعنى ، فأشبهه ما لو أبدل « إني لمن الصادقين » بقوله : لقد زنت . وللشافعي وجهان في هذا . والصحيح : أنه لا يصح ، لأن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقر غيره مقامه كالشهادات في الحقوق . ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ ، واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التغليظ ، فلم يجز تركه ، ولهذا لم يجز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد .

والثاني^(٢) : يعتد به ، لأنه أتى بالمعنى أشبهه ما قبله ، وللشافعي وجهان كهذين . وإن أبدل لفظه

(١) في المطبوعة : اتق الله ، وليست هذه بياء علة فتحذف بل هي فاعل .

(٢) من وجوه الرأي في القسم بالله دون كلمته تقوم مقام أشهد .

اللعنة بالإبعاد لم يحز ، لأن لفظ اللعنة أبلغ في الزجر ، وأشد في أنفس الناس ، ولأنه عدل عن المنصوص .
وقيل : يجوز ، لأن معناها واحد . وإن أبدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يحز ، لأن الغضب أغاظ ،
ولهذا خصت المرأة به لأن المعرة بزناها أقبح ، وإنمها بفعل الزنا أعظم من لعنة بالقذف . وإن أبدلتها
بالسخط خرج على وجهين فيما إذا أبدل الرجل لفظة اللعنة بالإبعاد . وإن أبدل الرجل لفظة اللعنة بالغضب
احتمل أن يجوز ، لأنه أبلغ واحتمل ألا يجوز ، لخالفته المنصوص .

قال الوزير يحيى بن هبيرة رحمه الله تعالى : من الفقهاء من اشترط أن يزداد ، بعد قوله : من الصادقين
[قوله] : فيما رميتها به من الزنا . واشترط في نفيها عن نفسها [قولها] : فيما رماني به من الزنا ، ولا أراه
يحتاج إليه ، لأن الله سبحانه أنزل ذلك وبينه ، ولم يذكر هذا الاشتراط .

وأما موعظة الإمام لما بعد الرابعة وقبل الخامسة فهي مستحبة في قول أكثر أهل العلم ، لما روى
ابن عباس قال : « لما كانت الخامسة قيل : ياهلال ، اتق الله فإنها الموجبة ، التي توجب عليك العذاب .
فقال : والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها ، فشهد الخامسة . فلما كانت الخامسة قيل : لها اتقي^(١)
الله ، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب ، فتلكأت
ساعة ، ثم قالت : والله لأفضح قومي ، فشهدت الخامسة : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »
وروى أبو إسحاق الجوزجاني بإسناده حديث المتلاعنين قال : « فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن
الصادقين ، ثم أسر به فأمسك على فيه ، فوعظه وقال : ويحك كل شيء أهون عليك من لعنة الله ، ثم
أرسل فقال : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم دعاها فقرأ عليها ، فشهدت أربع شهادات بالله
إنه لمن الكاذبين ، ثم أسرها فأمسك على فيها ، وقال : ويحك كل شيء أهون عليك من عذاب الله .
وذكر الحديث » .

فصل

٦٢٨٧

ويشترط في صحة اللعان شروط ستة أحدها : أن يكون بمحضر الإمام أو نائبه . والثاني : أن
يأتي كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه ، فإن بادر به قبل . أن يلقيه الإمام عليه لم يصح ، كما لو حلف
قبل أن يحلفه الحاكم . الثالث : استكمال لفظات اللعان الخمسة ، فإن نقص منها لفظة لم يصح . الرابع :
أن يأتي بصورته إلا ما ذكرنا من الاختلاف في إبدال لفظه بمثلها في المعنى . الخامس : الترتيب ، فإن
قدم لفظة اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يعتد به ، السادس :
الإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضراً ، وتسميته ونسبته إن كان غائباً ، ولا يشترط

(١) في المطبوعة : اتق خطأ : وما في المخطوطات أولى .

حضورهما معا ، بل لو كان أحدهما غائبا عن صاحبه مثل أن لاعن الرجل في المسجد والمرأة على بابه -
لأدوم لإمكان دخولها - جاز .

فصل

٦٢٨٨

وإن كان الزوجان يعرفان العربية لم يحز أن يلتصقا^(١) بغيرها لأن اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية .
وإن كانا لا يحسنان ذلك جاز لهما الائتمان بلسانهما ، لموضع الحاجة . فإن كان الحاكم يحسن لسانهما أجزأ
ذلك . ويستحب أن يحضر معه أربعة يحسنون لسانهما . وإن كان الحاكم لا يحسن لسانهما فلا بد من
ترجمان . قال القاضي : ولا يجزىء في الترجمة أقل من اثنين عدلين ، وهو قول الشافعى وظاهر قول
الخرقى ، لأنه قال : لا يقبل في الترجمة عن أعجمى حاكم إليه إذا لم يعرف لسانه أقل من عدلين يعرفان
لسانه . وذكر أبو الخطاب رواية أخرى : أنه يجزىء قول عدل واحد . وهو قول أبى حنيفة ، وسند ذكر
ذلك في موضع آخر إن شاء الله تعالى .

مسألة

٦٢٨٩

قال : ﴿ وإن كان بينهما في اللعان ولد ذكر الولد . فإذا قال : أشهد بالله لقد زنت ، يقول : وما هذا
الولد ولدى . وتقول هى أشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده ﴾ .

وجملة ذلك : أنه متى كان اللعان لنفى ولد فلا بد من ذكره في لعانهما . وقال الشافعى لا يحتاج المرأة
إلى ذكره لأنها لا تنفيه وإنما احتاج الزوج إلى ذكره لنفية . وقال أبو بكر : لا يحتاج واحد منهما إلى
ذكره وينتفى بزوال الفراش .

ولنا : أن من سقط حقه باللعان اشترط ذكره فيه كالمرأة . والمرأة أحد الزوجين ، فكان ذكر الولد
شرطا في لعانها كالزوج ، ولأنهما متحالقان على شيء ، فاشترط ذكره في تحالفهما كالخلفين في اليمين ،
وظاهر كلام الخرقى : أنه يكتفى بقول الزوج : وما هذا الولد ولدى ، ومن المرأة بقولها : وهذا الولد
ولده . وقال القاضي : يشترط أن يقول : هذا الولد من زنا ، وليس هو منى . وهو مذهب الشافعى ،
لأنه قد يريد بقوله ليس هو منى معنى خُلِقاً وخلقا ولم يقتصر^(٢) على قوله : من زنا . لأنه قد يعتقد أن
الوطء في نكاح فاسد زنا ، فأكدنا بذلكهما جميعا .

ولنا : أننا ننفى الولد في اللعان ، فاكتمى به كما لو ذكر اللفظين . وما ذكره من التأكيدهم
بغير دليل ، ولا ينتفى الاحتمال بضم إحدى اللفظتين إلى الأخرى ، فإنه إذا اعتقد أنه من وطء فاسد

واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعاً ، وقد يريد أنه لا يشبهني خلقاً وخلقاً ، أو أنه من وطء فاسد . فإن لم يذكر الولد في اللعان لم ينتف عنه ، وإن أراد نفيه أعاد اللعان ، ويذكر نفي الولد فيه .

فصل

٦٢٩٠

وإذا قذف أسرته بالزنا برجل بعينه فقد قذفهما . وإذا لاعنها سقط الحد عنه لها ، سواء ذكر الرجل في لعانه أو لم يذكره . وإن لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة ، وأيهما طالب حُدَّ له ، ومن لم يطالب فلا يُحَدُّ له ، كما لو قذف رجلاً بالزنا بأسرة معينة . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، إلا في أنه لا يسقط حده بلعنها . وقال بعض أصحابنا : للقذف للزوجة وحدها ، ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ، ولا الحد ، لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن سحاء ، فلم يحده النبي صلى الله عليه وسلم ولا عزره له ^(١) . وقال بعض أصحاب الشافعي : يجب الحد ، وهل يجب حد واحد أو حدان ؟ على وجهين . وقال بعضهم : لا يجب إلا حد واحد قولاً واحداً . ولا خلاف بينهم أنه إذا لاعن وذكر الأجنبية في لعانه أنه يسقط عنه حكمه . وإن لم يذكره فعلى وجهين .

ولنا : أن اللعان بينه في أحد الطرفين ، فكان بينه في الطرف الآخر كالشهادة . ولأن به حاجة إلى قذف الزاني لما أفسد عليه من فراشه ، وربما يحتاج إلى ذكره يستدل بشبه الولد المقتوف على صدق قاذفه ، كما استدل النبي صلى الله عليه وسلم على صدق هلال بشبه الولد لشريك بن سحاء ، فوجب أن يسقط حكم قذفه ما سقط حكم قذفها قياساً له عليها .

فصل

٦٢٩١

ولو قذف امرأته وأجنبية أو أجنبياً بكلمتين ، فعليه حدان لها ، فيخرج من حد الأجنبية بالبينة خاصة ، ومن حد الزوجة بالبينة أو اللعان . وإن قذفهما بكلمة فكذلك ، إلا أنه إذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لها حداً واحداً أو حدين على روايتين . إحداهما : يحد حداً واحداً ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي في القديم وزاد أبو حنيفة : سواء كان بكلمة أو بكلمات لأنهما حدان ^(٢) من جنس ، فوجب أن تتداخل كحدود الزنا . والثانية : إن طالبوا بمقتمين فحد واحد ، وإن طالبوا متفرقين فلكل واحد حد ، لأنهم إذا اجتمعوا في الطلب أمكن إيقاظهم بالحد الواحد وإذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد إيقاظاً لمن لم يطالب ، لأنه لا يجوز إقامة الحد له قبل المطالبة منه . وقال الشافعي في الجديد : يقام ^(٣) لكل واحد حد بكل حال ، لأنه حقوق لأدميين ، فلم تتداخل كالديون .

(١) أي لشريك . (٢) في المطبوعة : حدود ، وما في ٣٩ أوضح وأنصب للسياق

(٣) في المطبوعة : في الحد . والتصويب من ١٨ ، ٣٩ .

ولنا : أنه إذا قذفهما بكلمة واحدة يجزىء حد واحد ، لأنه يظهر كذبه في قذفه ، وبراعة عرضهما من رميه بحد واحد ، فأجزأ كما كان القذف لواحد . وإذا قذفهما بكلمتين وجب حدان ، لأنهما قذفان لشخصين ، فوجب لكل واحد حد ، كما لو قذف الثاني بعد حد الأول . وهكذا الحكم فيما إذا قذف أجنبيتين أو أجنبيات ، فالتفصيل فيه على ما ذكرناه . وإن قذف أربع نسائه فالحكم في الحد كذلك ، وإن أراد اللعان فعليه أن يلاعن لكل واحدة لعاناً مفرداً ، وببداً بلعان التي تبدأ بالمطالبة ، فإن طالبن جميعاً وتشاحعن بدأ بإحداهن بالقرعة ، وإن لم يتشاحعن بدأ بلعان من شاء منهن ، ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح . ويحتمل أن يجزئه لعان واحد ، فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء الأربع من الزنا . وتقول كل واحدة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، لأنه يحصل المقصود بذلك . والأول أصح ، لأن اللعان أيمان فلا تتداخل لجماعة ، كالأيمان في الديون .

فصل

٦٢٩٢

ولو قال لزوجته : يا زانية بنت الزانية فقد قذفها وقذف أمها بكلمتين ، والحكم في الحد لهما على ماضى من التفصيل فيه ، فإن اجتمعا في المطالبة ففي أيتهما يتقدم ؟ فيه وجهان : أحدهما : الأم ، لأن حقها أكد ، لكونه لا يسقط إلا بالبينة . ولأن لهما فضيلة الأمومة .

والثاني : تقديم البنت ، لأنه بدأ بقذفها ، ومتى حد لإحداها ثم وجب عليه الحد للأخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الأولى . فإن قيل : إن الحد ههنا حق لآدمي فلم لا يوالى بينهما كالعقاص ، فإنه لو قطع يدي رجلين قطعنا يديه لهما ، ولم نؤخره ؟ قلنا : لأن حد القذف لا يتكرر بتكرار سببه قبل إقامة حده ، فالموالة بين حدين فيسهل تخرجه عن موضوعه . والعقاص يجوز أن تقطع الأطراف كلها في قصاص واحد ، فإذا جاز لواحد فلانثنين أولى .

فصل

٦٢٩٣

وإن قذف محصناً مرات فحد واحد ، رواية واحدة . سواء قذفه بزنا آخر ، أو كرر القذف بالأول ، لأنهما حدان ترادف سببهما ، فتدخلا كالزنا سراراً ، وإن قذفه فحد له ، ثم قذفه مرة أخرى بذلك الزنا ، فلا حد عليه ، لأنه قد تحقق كذبه فيه بالحد ، فلا حاجة إلى إظهار كذبه فيه ثانياً . ولما جلد عمر أبا بكره حين شهد على المغيرة بن شعبه أعاد قذفه فهم عمر بإعادة الحد عليه ، فقال له على : إن جلدته فارجم^(١)

(١) قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله قول على : إن جلدته فارجم صاحبه قال : كأنه جعل شهادته شهادة رجلين قال أبو عبد الله : وكنت أنا أفسرد على هذا حتى رأيته في الحديث فأعجبني ثم قال : يقول : إذا جلدته ثانية فمكانك جعلته شاهداً آخر (ف)

صاحبه ، فتركه . ولكنّه يعزّر تعزير السب والشتم . وذكر القاضى أن فيه رواية أخرى : أن عليه الحد ثانياً . لأنه قذف ثان بعد إقامة الحد عليه ، فأشبهه ما لو قذفه بزنا ثان . وأما إن قذفه بزنا آخر فعليه حد آخر ، لأنه قذف لمحصن لم يحد فيه ، فوجب أن يتعقبه^(١) الحد كالأول ، ولأن سبب الحد وجد بعد إقامته فأعيد عليه : كالزنا والمسرقة . وعن أحمد رواية أخرى : لا حد عليه في الثاني ، لأنه حد لصاحبه مرة ، فلا يعاد عليه الحد كما لو قذفه بالزنا الأول . وعلى هذه الرواية يعزّر تعزير السب والشتم . وهذه الرواية الثانية فيما إذا تقارب القذف الثاني من الحد ، فأما إذا تباعد زمانهما وجب الحد بكل حال ، لأنه لا يجوز أن يسكون حده مرة من أجله ، فوجب إطلاق عرضه له . ومذهب الشافعى في هذا كذهبنا ، إلا أنهم حكوا عن الشافعى فيما إذا أعاد القذف بزنا ثان قبل إقامة الحد قولين .

أحدهما : يجب حد واحد .

والثاني : يجب حدان . فأما إن قذف أجنبية ثم تزوجها ، ثم قذفها فعليه الحد للقذف الأول ، ولا شيء عليه للثاني في قول أبي بكر . وحكى نحو ذلك عن الزهرى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . لأنه لو قذف أجنبية قذفين لم يجب عليه أكثر من حد واحد ، واختار القاضى : أنه إن قذفها بالزنا الأول لم يكن عليه أكثر من حد واحد ، وليس له إسقاطه إلا بالبينة ، وإن قذفها بزنا آخر فهو على الروايتين فيما إذا قذف الأجنبية ثم حد لها ثم قذفها بزنا آخر . فإن قلنا : يجب حدان ، فطالبت المرأة بموجب القذف الأول ، فأقام به بيعة سقط عنه حده ، ولم يجب في الثاني حد ، لأنها غير محصنة وإن لم يقيم بيعة حد لها ، ومتى طالبت به بموجب الثاني فأقام به بيعة أو لاعنها سقط ، وإلا وجب عليه أيضاً ، لأن هذا القذف موجه غير موجب الأول . فإن لأول موجه على الخصرص ، والثاني موجه للعان والحد ، وإن بدأت بالمطالبة بموجب الثاني فأقام بيعة به ، أو لاعن ، سقط حده ، ولها المطالبة بموجب الأول ، فإن أقام به بيعة ، وإلا حد .

قال القاضى : إن أقام بالثاني^(٢) بيعة سقط موجب الأول ، وهو مذهب الشافعى ، لأنها صارت غير محصنة ، ولا يثبت لها حد المحصنات .

ولنا : أن سقوط إحصانها في الثاني لا يوجب سقوطه فيما قبل ذلك ، كما لو استوفى حده قبل إقامة البيعة . ولعل هذا ينبى على ما إذا قذف رجلاً ، فلم يقيم الحد على القاذف حتى زنى القذوف ، وإن لم يقيم بيعة عليهما ولم يلتعن للثاني لم يجب إلا حد واحد نص عليه أحمد ، ولأنهما حدان من جنسين ترادفاً ، فلم يقر أحدهما ، فتدخلا كما لو قذفها وهى أجنبية قذفين . ولو قذف زوجته فحد لها ، ثم أعاد قذفها بذلك

الزنا، لم يحد لها لما ذكرنا في إعادة قذف الأجنبي . ولسكن يعزر للأذى^(١) والسب ، وليس له إسقاط التعزير باللعان ، لأنه تعزير سب لا تعزير قذف ، إلا على الرواية التي تلزم الأجنبي حدين بإعادة القذف ، فإنه يلزمه ههنا حد ، وله إسقاطه باللعان . وإن ولد له ولد بعد حده فذكر أنه من ذلك الزنا ، فله اللعان لإسقاطه على كلتا الروايتين ، لأنه محتاج إلى نفيه ، وإن قذفها في الزوجية بزنا من فليس عليه إلا حد واحد ، ويكفيه لعان واحد ، لأنه يمين ، فإذا كان الحقان لواحد كفته يمين واحدة ، لسكنه يحتاج أن يقول أشهد بالله إلى من اصادقين فيما رميتها به من الزنا من .

وفارق ما إذا قذف زوجتين حيث لا يكفيه لعان واحد ، لأن اليمين وجبت لكل واحدة منهما ، فلا تدخل كسائر الأيمان . وإن أقام البينة بالأول سقط عنه موجب الثاني ، لأنه زال إحصائها ، ولا لعان إلا أن يكون فيه نسب يريد نفيه ، وإن أقامها بانثاني لم يسقط الحد الأول ، وله إسقاطه باللعان إلا على قول القاضي ، فإنه يسقط بإقامة البينة على الثاني ، وإن قذفها في الزوجية ولا عنها ، ثم قذفها بالزنا الأول فلا حد عليه ، لأنه حقه بلعانه ، ويحتمل أن يحد كما لو قذفها به أجنبي ، وهو قول القاضي ، ولو قذفها به أجنبي أو بزنا غيره فعليه الحد في قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عباس ، والزهري ، والشعبي ، والنخعي وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد . وذكر أبو عبيد ، عن أصحاب الرأي ، أنهم قالوا : إن لم ينف بلعانها ولداً حد قاذفها ، وإن نفاه فلا حد على قاذفها ، لأنه متنف عن زوجها بالشرع .

ولنا : ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من رماها أو ولدها فعليه الحد » رواه أبو داود ، وهذا نص ، فإنه نص على من رماها مع أن ولدها منفي عن الملاعن شرعاً ، ولأنه لم يثبت زناها ، ولا زال إحصائها ، فيلزم قاذفها الحد بقوله تعالى : « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً »^(٢) . وكألو لم ينف ولدها . فأما إن أقام بينة فقذفها قاذف بذلك الزنا أو بغيره فلا حد عليه لأنه قد زال إحصائها ، ولأن هذا القذف لم يدخل الممرة عليها ، وإنما دخلت الممرة بقيام البينة ، ولسكنه يعزر تعزير السب والأذى ، وهكذا كل من قامت البينة بزناه لا حد على قاذفه ، وبه قال الشافعي . وأصحاب الرأي . ولسكنه يعزر تعزير السب والأذى ، ولا يملك الزوج إسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمنا . وإن قذف زوجته ولا عنها ثم قذفها بزنا آخر فعليه الحد ، لأنها بانت منه باللعان ، وصارت أجنبية ، إلا أن يضيف الزنا إلى حال الزوجية ، فعند ذلك إن كان ثم نسب يريد نفيه فله الملاعنة لنفيه ، وإلا لزمه الحد ولا لعان بينهما .

مسألة

٦٣٩٤

قال : **فإن القعن هو ، ولم تلتعن هي ، فلا حد عليها ، والزوجة بحالها .**

وجملة ذلك : أنه إذا لاعنها وامتنعت من الملاءنة فلا حد عليها . وبه قال الحسن ، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن الحارث العسكلي ، وعطاء الخراساني ، وذهب مكحول ، والشعبي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأبو إسحاق ، والجوزجاني ، وابن المفذر : إلى أن عليها الحد ، لقول الله تعالى : **« وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ »** ^(١) . والعذاب الذي يدرؤه لعانها هو الحد المذكور في قوله سبحانه : **« وَلَيَشْهَدَ عَذَابُهُمْ طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ »** ^(٢) . ولأنه بلعانه حق زناها ، فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة .

ولنا : أنه لم يتحقق زناها ، فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن . ودليل ذلك : أن يتحقق زناها لا يخلو ، إما أن يكون بلعان الزوج ، أو بنكولها ، أو بهما ، لا يجوز أن يكون بلعان الزوج وحده ، لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ، ولا وجب الحد على قاذفها ، ولأنه إمامين ، وإما شهادة ، وكلاهما لا يثبت بنكولها . لأن الحد لا يثبت بالنكول ، فإنه يدرأ بالشبهات ، فلا يثبت بهما . وذلك لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خفرها ، أو لعقلة على لسانها ، أو غير ذلك فلا يجوز إثبات الحد الذي اعتبر في بيئته من العدد ضعف ما اعتبر في سائر الحدود واعتبر في حقهم أن يصفوا صورة الفعل ، وأن يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة في نفي الشبهات عنه ، وتوسلا إلى إسقاطه ، ولا يجوز أن يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لا يقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات ، ولا ماعدا الأموال . مع أن الشافعي لا يرى القضاء بالنكول في شيء ، فكيف يقضى به في أعظم الأمور وأبعدها ثبوتاً ، وأسرها سقوطاً ، ولأنها لو أقرت بلعانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لا يجب بمجرد امتناعها من اليمين على برائتها أولى . ولا يجوز أن يقضى فيه بهما لأن ما لا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق . ولأن ما في كل واحد منهما من الشبهة لا ينفق بضم أحدهما إلى الآخر فإن احتمال نكولها لفرط حياثها ، وعجزها عن النطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج . والعذاب يجوز أن يكون الحبس أو غيره ، فلا يتمين في الحد . وإن احتمل أن يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال ، وقد يرجح ما ذكرناه بقول عمر رضي الله عنه : **إن الحد على من زنا وقد أحصن إذا كانت بيئته ، أو كان الحمل ، أو الاعتراف فذكر موجبات الحد ، ولم يذكر اللعان .**

واختلفت الرواية : فيما يصنع بها فروى أنها تحبس حتى تلتعن أو تفر أربعاً . قال أحمد : فإن أبت

المرأة أن تلعن بعد التمان الرجل أجبرتها عليه وهبت أن أحكم عليها بالرجم لأنها لو أقرت بلسانها لم أرجمها إذا رجعت فكيف إذا أبت اللعان ؟ ولا يسقط النسب إلا بالتعانهما جميعاً لأن الفراش قائم حتى تلعن والولد للفراش . قال القاضي : هذه الرواية أصح وهذا قول من وافقنا في أنه لا حد عليها وذلك لقول الله تعالى : « وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ »^(١) فيدل على أنها إذا لم تشهد لا يندري عنها العذاب .

والرواية الثانية : يحل سبيلها وهو قول أبي بكر لأنه لم يجب عليها الحد فيجب تخليتها سبيلها كما لو لم تشكل البينة . فأما الزوجية فلا تزول والولد لا ينتفى ما لم يتم اللعان بينهما في قول عامة أهل العلم لم إلا للشافعي فإنه قضى بالفرقة ونفى الولد بمجرد لعان الرجل وقد ذكرنا ذلك .

مسألة

٦٢٩٥

قال : « وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات » .

وجملته : أن الرجل إذا قذف امرأته فصدقته وأقرت بالزنا مرة أو مرتين أو ثلاثاً لم يجب عليها الحد لأنه لا يثبت إلا بإقرار أربع مرات على ما يذكروا في الحدود ثم إن كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما لأن اللعان كالبيئة إنما يقام مع الإنكار وإن كان بعد لعانه لم تلعن هي لأنها لا تحلف مع الإقرار وحكمها حكم ما لو امتنعت من غير غير إقرار وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي إن صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له أن يلعن إلا أن يكون ثم نسب ينفيه فيلعن وحده وينتفى النسب بمجرد لعانه فإن كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على أن النسب ينتفى بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد فإن الحد بإقرار مرة وهذه الأصول قد مضى أكثرها ولو أقرت أربعاً وجب الحد ولا لعان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينفي وإن رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول وليس له أن يلعن للحد فإنه لم يجب عليه لتصديقها إياه ، وإن أراد لعانها لنفى نسب فظاهر قول الخرق إنه ليس له ذلك في جميع هذه الصور وهو قول أصحاب الرأي . وقال الشافعي : له لعانها لنفى النسب فيها كلها ، لأنها لو كانت عفيفة صالحة فكذبته ملك نفى ولدها ، فإذا كانت فاجرة فصدقته فلأن يملك نفى ولدها أولى . ووجه الأول : أن نفى الولد إنما يكون بلعانهما معاً ، وقد تعذر اللعان منهما ، ولأنها لا تستحلف على نفى ما تقر به ، فتعذر نفى الولد لتعذر سببه ، كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان .

فصل

٦٢٩٦

ولو قال لامرأته : يا زانية ، فقالت : بك زنيت ، فلا حد عليها ولا عليه . وقال أصحاب الشافعي :

(١) سورة النور آية ٨ .

عليه حد القذف ، لأنه يحتمل أنها أرادت بذلك نفي الزنا عن نفسها ، كما يستعمل أهل العرف فيما إذا قال قائل سرقت قال : معك سرقت ، أى : أنا لم أسرق ، لسكونك أنت لم تسرق .

ولنا : أنها صدقة في قذفه إياها ، فأشبهه مالو قالت ^(١) : صدقت . ولا حد عليها لأن حد الزنا لا يثبت إلا بالإقرار أربع مرات ، وليس عليها حد القذف ، لأنها لم تقذفه ، وإنما أقرت على نفسها بزناها به ويمكن ذلك من غير كونه زانياً ، بأن يظنها زوجته وهي عالة أنه أجنبي ، ولأنه يحتمل أن تريد نفي ذلك عنهما كما ذكروه ، أو أنه لم يطأنى سواك ، فإن لم يكن زناً فأنت شريكة فيه ، ولا يجب الحد مع الاحتمال ، ولا يلزم من سقوطه عن الرجل بظاهر تصديقها وجوبه عليها مع الاحتمال ، فإن الحد يدرأ بالشبهات ولا يجب بها . ولو قال : يازانية فقالت : أنت أزنى منى ، فقال أبو بكر فيها كالتى قبلها ، لاحد على الزوج بتصديقها له ، ولا على المرأة لما ذكرنا فى التى قبلها .

وقال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ليس قولها قذفاً : قال الشافعى إلا أن تريد القذف ، لأنه يحتمل أن تريد أنه أصابنى وهو زوجى ، فإن كان ذلك فهو أبلغ منى فيه . وقال القاضى : عليها حد لقذفها ، ولا حد عليه لتصديقها إياه ، وقد أتت بصريح قذفه بالزنا ، فوجب عليها الحد كما لو قالت : أنت زان . والاحتمال مع التصريح بالقذف لا يمنع الحد ، كما قالت : أنت زان . فأما إن قال : يازانية ، فقالت : بل أنت زان ، فكل واحد منهما قاذف لصاحبه ، عليه حد القذف ، لأن المرأة لا تملك إسقاط حدها إلا بالبينة ، والزوج يملك إسقاطه ببينة أو لعان .

(١) فى المطبوعة : قال . والسياق يقتضى ماى ١٨ ، ٣٩ .

كتاب العدد

الأصل في وجوب العدة الكتاب ، والسنة ، والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : (وَالْمُطَلَّقاتُ بَيِّنَاتٌ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)^(١) وقوله سبحانه : (وَاللَّائِي يَتُسَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبَعْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتِ الْأَحْصَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)^(٢) . وقوله تعالى : (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا بَيِّنَاتٌ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)^(٣) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا »^(٤) . وقال لفاطمة بنت قيس : « اعتدى في بيت ابن أم مكتوم »^(٥) في آى وأحاديث كثيرة ، وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة ، وإنما اختلفوا في أنواع منها ، وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لعدة عليها ، لقول الله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَهُنَّ وَسَرَاحُهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا)^(٦) ، ولأن العدة تجب لبراءة الرحم ، وقد تيقناها ها هنا ، وهكذا كل فرقة في الحياة ، كالفسخ لرضاع ، أو عيب ، أو عتق ، أو لعان ، أو اختلاف دين .

فصل

٦٢٩٧

وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم ، وقال أبو حنيفة : إن لم تكن من دينهم لم تلزمها ، لأنهم لا يخاطبون بفروع الدين .

ولنا : عموم الآيات ، ولأنها بائن بعد الدخول ، أشبه المسلمة ، وعدتها كمدة المسلمة في قول علماء الأمصار ، منهم مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، ومن تبعهم ، إلا ما روى عن مالك ، أنه قال : تعتد من الوفاة بحمضة .

ولنا : عموم قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا بَيِّنَاتٌ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)^(٧) ولأنها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة .

-
- (١) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٢) سورة الطلاق آية ٤ .
 (٣) سورة البقرة آية ٢٣٤ (٤) أخرجه الشيخان عن أم سلمة .
 (٥) أخرجه مسلم عن فاطمة بنت قيس (ف)
 (٦) سورة الاحزاب آية ٤٩ (٧) سورة البقرة آية ٢٣٤

فصل

٦٢٩٨

والمعتدات ثلاثة أقسام :

ممتدة : بالحمل ، وهي كل امرأة حامل من زوج ، إذا فارقت زوجها بطلاق أو فسخ ، أو موته عنها ، حرة كانت أو أمة ، مسلمة أو كافرة ، فمدتها بوضع الحمل ، ولو بعد ساعة ، لقول الله تعالى : « وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ »^(١) .

والثاني : ممتدة بالقرء ، وهي كل ممتدة من فرقة في الحياة ، أو وطء في غير نكاح ، إذا كانت ذات قرء ، فمدتها القرء ، لقول الله تعالى : « وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ »^(٢) .

والثالث : ممتدة بالشهور ، وهي كل من تعتد بالقرء إذا لم تسكن ذات قرء لصفر ، أو يأس ، لقول الله تعالى : « وَاللَّائِي يَشْنَنُ مِنْ الْحَيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبَعْتُمْ فَمَدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَلِلَّائِي لَمْ يَحْضَنْ »^(٣) وذات القرء إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بنسمة أشهر للحمل ، وعدة الآية وكل من توفي عنها زوجها ، ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده ، حرة أو أمة ، فمدتها بالشهور ، لقول الله تعالى : « وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا »^(٤) .

فصل

٦٢٩٩

وكل فرقة بين زوجين فمدتها عدة الطلاق . سواء كانت بخلع ، أو إيمان ، أو رضاع ، أو فسخ بغيب ، أو إمسار ، أو إعتاق ، أو اختلاف دين ، أو غيره ، في قول أكثر أهل العلم . وروى عن ابن عباس : أن عدة الملائنة تسعة أشهر ، وأبى ذلك سائر أهل العلم . وقالوا : عدتها عدة الطلاق ، لأنها مفارقة في الحياة ، فأشبهت الطائفة . وأكثر أهل العلم يقولون عدة المختلعة عدة المطلقة . منهم سعيد بن المسيب ، وسالم بن عبد الله ، وعروة ، وسليمان بن يسار ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والشعبي ، والنخعي ، والزهرى ، وقفاة ، وخلاس بن عمرو ، وأبو عياض ، ومالك ، والليث ، والأوزاعي ، والشافعي ، وروى عن عثمان بن عفان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأبان بن عثمان ، وإسحاق ، وابن المنذر : أن عدة المختلعة حيضة ، ورواه ابن القاسم ، عن أحمد ، لما روى ابن عباس : « أن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت منه ، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة » . رواه النسائي . وعن الربيع بنت معوذ مثل ذلك ، وأن عثمان قضى به ، رواه النسائي وابن ماجه .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(١) سورة الطلاق آية ٤

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٤ .

(٣) سورة الطلاق آية ٤

ولنا قول الله تعالى : « وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ »^(١) ، ولأنها فرقة بعد الدخول في الحياة ، فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « قرء الأمة حيضتان »^(٢) عام ، وحديثهم يرويه مكرمة مرسل . قال أبو بكر : هو ضعيف مرسل . وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر ، وعلى ، فإنهما قالا : عدتها ثلاث حيض . وقولها أولى . وأما ابن عمر . فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال : عدة المختلعة عدة مطلقة^(٣) وهو أصح عنه .

فصل

٦٣٠٠

والموطوءة بشبهة تعد عدة المطلقة وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد وبهذا قال الشافعي ، لأن وطء الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم ولحقوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح ، فكان مثله فيما تحصل به البراءة . وإن وطئت الزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها ، كيلا يفضى إلى اختلاط المياه ، واشتباه الأنساب ، وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهين . لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض يختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالخائض .

فصل

٦٣٠١

والمزني بها كالوطوءة بشبهة في العدة ، وبهذا قال الحسن ، والنخعي ، وعن أحمد رواية أخرى : أنها تستبرأ بحيضة ، ذكرها ابن أبي موسى ، وهذا قول مالك ، وروى عن أبي بكر ، وعمر رضي الله عنهما : لا عدة عليها . وهو قول الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، لأن العدة لحفظ النسب ، ولا يباحه نسب ، وقد روى عن علي رضي الله عنه ما يدل على ذلك .

ولنا : أنه وطء يقتضي شغل الرحم ، فوجب العدة منه كوطء الشبهة . وأما وجوبها كعدة المطلقة فلا لأنها حرة فوجب استبرأؤها بعدة كاملة كالوطوءة بشبهة وقولهم إنما تجب لحفظ النسب لا يصح فإنها لو اختصت بذلك لما وجبت على الملاعنة المنق ولدها ، والآيسة والصغيرة ، ولما وجب استبراء الأمة التي لا يلعق ولدها بالبائع ولو وجبت لذلك لكان استبراء الأمة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك فالحاجة إليها داعية ، فإن المزني بها إذا تزوجت قبل الاعتداد اشقبه ولد الزوج بالولد من الزنا ، فلا يحصل حفظ النسب .

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) سيأتي قريباً مخبرجه في المعنى . (ف)

(٣) في ١٨، ٢٩ : المطلقة .

مسألة

٦٣٠٢

قال رحمه الله تعالى ﴿ وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلاها فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التي طلقها فيها ﴾ .

في هذه المسألة ثلاثة فصول .

أحدها

٦٣٠٣

أن العدة تجب على كل من خلاها زوجها وإن لم يمسها . ولا خلاف بين أهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس ، فأما إن خلاها ولم يمسها ، ثم طلقها ، فإن مذهب أحمد : وجوب العدة عليها ، وروى ذلك عن الخلفاء الراشدين ، وزيد ، وابن عمر ، وبه قال عروة ، وعلي بن الحسين ، وعطاء ، والزهرى ، والثوري ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، والشافعي في قوايه ، وقال الشافعي في الجديد : لا عدة عليها ، لقوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ^(١) » . وهذا نص ، ولأنها مطلقة لم تمس ، فأشبهت من لم يخل بها .

ولنا إجماع الصحابة روى الإمام أحمد ، والأثرم ، بإسنادهما عن زرارة بن أوفى ، قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً ، أو أغلق باباً ، فقد وجب المهر ، ووجبت العدة . ورواه الأثرم أيضاً ، عن الأحنف ، عن عمر ، وعلي . وعن سعيد بن المسيب ، عن عمر ، وزيد بن ثابت ، وهذه قضايا اشتهرت ، فلم تنكر ، فصارت إجماعاً . وضعت أحمد ما روى في خلاف ذلك ، وقد ذكرناه في كتاب الصداق ، ولأنه عقد على المنافع ، فالتمسكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة ، كمقد الإجارة . والآية مخصوصة بما ذكرناه ، ولا يصح القياس على من لم يخل بها ، لأنه لم يوجد منها التمسكين ^(٢) .

فصل

٦٣٠٤

وظاهر كلام الخرق أنه لا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء ، أو مع عدمه ، سواء كان المانع حقيقة ، كالجب ، والعدة ، والنفق ، والرتق . أو شرعياً كالصوم ، والإحرام ، والحيض ، والنفاس ، والظهار ، لأن الحكم علق ههنا على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها ، ولهذا لو خلاها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه ، وإن لم يوطأ . وقد روى عن أحمد : أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع ،

(١) سورة الاحزاب آية ٤٩ .

(٢) في ٢٩ : تمسكين .

فكذلك يخرج في العدة . وروى عنه أن صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة ، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالإحرام وشبهه منع كمال الصداق ، ولم تجب العدة ، لأن الخلوة إنما أقيمت مقام المسيس ، لأنها مظنة له ، ومع المانع لا تتحقق المظنة . وأما إن خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها ، أو كانت أعمى فلم يعلم بها ، فلا عدة عليها ، ولا يكمل صداقها ، لأن المظنة لا تتحقق مع ظهور استحالة المسيس .

الفصل الثاني

٦٣٠٥

أن عدة المطلقة إذا كانت حرة وهي من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف بين أهل العلم ، وذلك أقول الله تعالى : (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)^(١) والقروء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعاً ، فهو من الأسماء المشتركة ، قال أحمد بن يحيى ثعلب : القروء : الأوقات الواحدة قروء ، وقد يكون حيضاً ، وقد يكون طهراً لأن كل واحد منهما يأتي لوقت . قال الشاعر^(٢) :

كَرِهْتُ الْعَقْرَ عَقْرَ بَنِي تَمِيمٍ إِذَا هَبَّتْ لِقَارِئِهَا الرِّيحُ

بمعنى لوقتها . وقال الخليل بن أحمد : يقال : أقرأت المرأة ، إذا دنا حيضها ، وأقرأت إذا دنا طهرها ، وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم : « دعى الصلاة أيام أقرائك »^(٣) ، فـهذا الحيض ، وقال الشاعر^(٤) :

مَوْرَثَةٌ عِزًّا وَفِي الْحَيِّ رَفْعَةٌ لِمَا ضَاعَ فِيهَا مِنْ قُرُوءِ نَسَائِكَ

فهذا الطهر ، واختلاف أهل العلم في المراد بقوله سبحانه : (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)^(٥) ،

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) هو مالك بن الحارث الهذلي كما في اللسان ج ١ ص ١٣٢ وفيه وفي ديوان الهذليين قسم ٣ ص ٨٣ (بنى شليل) ، قارىء : وقت أى لوقت هبوبها وشدة بردها والعقر : مكان وكرمه لأنه قوتل فيه ، و (شليل) : جد جرير بن عبد الله البجلي . (ف)

(٣) أخرجه أبو داود عن فاطمة بنت حبيش بلفظ « إذا أتى قروءك فلا تصل » . (ف)

(٤) قائله الأعشى وهو في ديوانه ص ٩١ ونصه :

« وفي كل عام أنت جاشم غزوة نشد لأقصاها غريم عرائك
مورثة مالا وفي الحمد رفعة »

وفي لسان العرب ج ١ ص ١٣٠ « مورثة مالا وفي الحى رفعة » .

ومعنى البيهقي : لك في كل عام غزوة ترث منها المال والمجد الذي يعوقك عن إتيان نسائك .

وإتيان النساء في الطهر لا في الحيض . (ف)

(٥) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

واختلفت الرواية في ذلك عن أحمد فروى أنها الحيض . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والثوري ، والأوزاعي ، والعمري ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن أبي بكر الصديق ، وعثمان بن عفان ، رضى الله عنهما ، وأبي موسى ، وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء . قال القاضي : الصحيح عن أحمد أن الأقراء : الحيض ، وإليه ذهب أصحابنا ، ورجع عن قوله بالأطهار ، فقال في رواية النيسابوري : كنت أقول إنه الأطهار ، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض . وقال في رواية الأثرم : كنت أقول الأطهار ، ثم وقفت لقول الأكاير .

والرواية الثانية عن أحمد أن القروء الأطهار ، وهو قول زيد ، وابن عمر ، وعائشة ، وسليمان بن يسار ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وأبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهرى ، ومالك ، والشافعى ، وأبي ثور ، وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : ما أدركت أحداً من فقهاءنا إلا ، وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر : رجع أحمد إلى أن القروء الأطهار . قال في رواية الأثرم رأيت الأحاديث عن قال القروء الحيض تختلف . والأحاديث عن قال إنه [الطهر] أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح وقوية واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى : (فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)^(١) أى في عدتهن ، كقوله تعالى : (وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ)^(٢) أى في يوم القيامة ، وإنما أمر بالطلاق في الطهر لافي الحيض ، ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : « مره فليراجعها حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، فإن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، فذلك المدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » متفق عليه . وفي رواية ابن عمر : « فطلقوهن في قبل عدتهن » ولأنها عنة من طلاق مجرد مباح ، فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق ، وكلمة الآية^(٣) والصغيرة .

وإذا قول الله تعالى : (واللأئي يؤسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن)^(٤) فنقلنا عن عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر ، فدل ذلك على أن الأصل الحيض كما قال تعالى : (فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً)^(٥) الآية . ولأن المهود في لسان الشرع استعمال القروء بمعنى الحيض ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : « تدع الصلاة أيام أقرائها » . رواه أبو داود . وقال لفاطمة بنت أبي حبيش : « انظري فإذا أتى قروك فلا تصلى ، وإذا سر قروك فتطهري ، ثم صلى ما بين القرو إلى القرو » . رواه النسائي ، ولم يمهّد في لسانه بمعنى الطهر في موضع ، فوجب أن يحمل كلامه على المهود في لسانه . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قال : « طلاق الأمة طلقتان وقروها حيضتان » .

(١) سورة الطلاق آية ١ (٢) سورة الأنبياء آية ٤٧ .

(٣) في ١٨ اليائسة وهما بمعنى واحد (٤) سورة الطلاق آية ٤ .

(٥) سورة المائدة آية ٦

رواه أبو داود وغيره ، فإن قالوا : هذا يرويه مظاهر بن مسلم ، وهو منكر الحديث . قلنا : قد رواه عبد الله بن عيسى ، عن عطية العوفي ، عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجه في سننه ، وأبو بكر الخلال في جامعه ، وهو نص في عدة الأمة ، فكذلك عدة الحرة ، ولأن ظاهر قوله تعالى : (يتريصن بأنفسهن ثلاثة قروء)^(١) وجوب التريص ثلاثة كاملة ، ومن جعل القروء الأظهار لم يوجب ثلاثة ، لأنه يكفى بطهرين وبعض الثالث ، فيخالف ظاهر النص . ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ، ولأن المدة استبراء ، فكانت بالحيض كاستبراء الأمة ، وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به ، فإن قيل : لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة ، وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة كذلك ، قال ابن عبد البر ، وقال : قولم إن استبراء الأمة حيضة بإجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تمسح إذا دخلت في الحيضة واستهضت أن دمها دم حيض كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكرم حين دخل عليه في مناظرته إياه ، قلنا : هذا يرده قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا توضع حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولأن الاستبراء تعرف براءة الرحم ، وإنما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها ، ولأن المدة تتعلق بخروج خارج من الرحم ، فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل بحقه أن المدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه^(٢) وتارة تحصل بما ينفيه ، وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه ، فأما قوله تعالى : (فطلقوهن لمدتهن)^(٣) فيحتمل أنه أراد قبل مدتهن إذ لا يمكن حمله على الطلاق في المدة ضرورة أن الطلاق سبق للمدة ، لكونه سببها ، والسبب يقدم على الحكم ، فلا يوجد قبله والطلاق في الطهر تطليق قبل المدة إذا كانت الأقراء الحيض .

الفصل الثالث

٦٣٠٦

أن الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من مدتها بغير خلاف بين أهل العلم ، لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء ، فتناول ثلاثة كاملة ، والتي طلق فيها لم يبق منها ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يمتد بها ، ولأن الطلاق إنما حرم في الحيض لما فيه من تطويل المدة عليها ، فلو احتسبت بذلك الحيضة قرءاً كان أقصر لمدتها وأنفع لها ، فلم يكن محرماً^(٤) ، ومن قال القروء الأظهار احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً ، فلو طلقها وقد بقي من قرئها لحظة حسبها قرءاً . وهذا قول كل من قال القروء الأظهار ، إلا الزهري وحده ، قال : تمتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه . وحكى عن أبي عبيد : أنه إن كان جامعها

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٢) في ١٨ ، ٣٩ : بالوضع .

(٣) سورة الطلاق آية ١ .

(٤) في النسخ (محروماً) والصواب (محرماً) كما في الشرح الكبير ج ٩ ص ١٠٠ (ف)

في الطهر لم يحسب ببقية لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحسب به من المدة كزمن الحيض .
ولنا : أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعا لضرر تطويل المدة عليها ، فلو لم يحسب ببقية الطهر
قرأ كان الطلاق في الطهر أضرب بها ، وأطول عليها . وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح ، لأن تحريم
الطلاق في الحيض لكونها لا تحسب ببقية ، فلا يجوز أن تجعل المدة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق ،
فتصير المدة معلولا ، وإنما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه ، لكونها مرتابة ، ولكونه لا يأمن
الندم ظهور حملها ، فأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فإن الطلاق يقع في أول الحيضة
ويكون محرما ولا تحسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج أن تمتد بثلاث حيض بعدها ، أو ثلاثة
أطهر على الرواية الأخرى . ولو قال لها : أنت طالق في آخر طهرك أو في آخر جزء من طهرك أو انقضت
حروف الإيقاع ولم يبق من الطهر إلا زمن الوقوع فإنها لا تحسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق ، لأن
المدة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تمتد به ، ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما فاربه
ومن جعل القرء الحيض اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق ، لأنها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق ، فوجب
أن تمتد بها قرءا . وإن اختلفا فقال الزوج : وقع الطلاق في أول الحيض ، وقالت : بل في آخر الطهر ،
أو قال : انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر ، وقالت : بل وقد بقي منه بقية ، فاقول قولها ، لأن
قولها مقبول في الحيض وفي انقضاء المدة .

مسألة

٦٣٠٧

قال : (فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج)

حكى أبو عبد الله بن حامد في هذه المسألة روايتين :

إحداهما : أنها في المدة ما لم تغتسل ، فيباح لزوجها ارتجاعها ، ولا يحل لغيره نسكاحها . قال أحمد :
عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، يقولون : قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة . وروى ذلك عن سعيد بن
المسيب ، والثوري ، وإسحاق . وروى ذلك عن أبي بكر الصديق ، وعثمان بن عفان ، وأبي موسى ،
وعبد الله ، وأبي الدرداء ، رضى الله عنهم . قال شريك : له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة .
قال أبو بكر : وروى عن أبي عبد الله : أنها في عدتها ، ولزوجها رجعتها ، حتى يمضي وقت الصلاة التي
طهرت في وقتها ، وهذا قول الثوري ، وبه قال أبو حنيفة : إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض . فإن
انقطع لأكثره انقطعت المدة بانقطاعه . ووجه اعتبار الغسل قول الأكثرين من الصحابة ولا يخالف
لهم في عصرهم فيكون^(١) إجماعا ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض .

والرواية الثانية : أن العدة تنقضى بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها . اختاره أبو الخطاب ، وهو قول سعيد بن جبير ، والأوزاعي ، والشافعى فى القديم ، لأن الله تعالى قال : (يترأصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ، وقد كملت القروء بدليل وجوب الفسل عليها وجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها ولأنه لم يبق فى حكم العدة فى الميراث ووقوع الطلاق بها والأمان والنفقة ، فكذلك فيما نحن فيه ، قال القاضى : إذا شرطنا الفسل أفاد عدمه إباحة الرجعة وتحريمها على الأزواج ، فأما سائر الأحكام فلأنها تنقطع بانقطاع دمها .

فصل

٦٣٠٨

وإن قلنا للقروء الأطهار فطالما وهى طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة ، وإن طالع حائضاً انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة . وهذا قول زيد بن ثابت ، وابن عمر ، وعائشة ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وأبان بن عثمان ، ومالك ، وأبو ثور ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وحكى عنه قول آخر لا تنقضى العدة حتى يمضى زمن الدم ، يوم وليلة ، لجواز أن يكون الدم دم فساد ، فلا يحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال . وحكى القاضى هذا احتمالاً فى مذهبنا أيضاً .

ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعمل عليه ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الأئمة عنهم بإسناده ، ولفظ حديث زيد بن ثابت « إذا دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرىء منها ولا ترثه ولا يرثها » وقولهم إن الدم يكون دم فساد قلنا قد حكم بكونه حيضاً فى ترك الصلاة ، وتحريمها على الزوج ، وسائر أحكام الحيض ، فكذلك فى انقضاء العدة ، ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة الاحتمال ، فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم ، كما لو قال لها : إن حضت فأنت طالق ، واختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال : اليوم والليلة من العدة ، لأنه دم تكمل به العدة ، فكان منها كالذى فى أثناء الأطهار ، ومنهم من قال : ليس منها إنما يتبين به انقضاؤها ولأننا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولـكـنـا نـنـفـعـها من النكاح حتى يمضى يوم وليلة ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين .

مسألة

٦٣٠٩

قال « وإن كانت أمة فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية »

أكثر أهل العلم يقولون عدة الأمة بالقراءة قرآن . منهم : عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، وعبد الله بن عتبة ، والقاسم ، وسالم ، وزيد بن أسلم ، والزهري ، وقتادة ، ومالك ، والثوري ، والشافعى ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وعن ابن سيرين : عدتها عدة الحرة ، إلا أن تكون

قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لقول الله تعالى : « والطلاق يترخص بأنفسهن ثلاثة قروء ^(١) » .
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « قرء الأمة حيضتان » وقد ذكرناه . وقول عمر وعلى وابن عمر
ولم نعرف لهم مخالفاً في الصعابة فسكن إجماعاً وهذا يخص عموم الآية ولأنه معنى ذو عدد بني على
التفاضل فلا تساوى فيه الأمة الحرة كالحرة وكان القياس يقتضى أن تكون حيضة ونصفاً كما كان حدها
على النصف من حد الحرة إلا أن الحيض لا يتبعض فشكل حيضتين ، ولهذا قال عمر رضي الله عنه : لو أستطيع
أن أجعل العدة حيضة ونصفاً لفعلت فإذا تقرر هذا فانهضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية في إحدى
الروایتين وفي الأخرى بانقطاع الدم من الحيضة الثانية وعلى الرواية التي تقول إن القروء الأطهار فانهضاء
عدتها برؤية الدم من الحيضة الثانية .

مسألة

٦٣١٠

قال : « وإن كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر » .

أجمع أهل العلم على هذا ، لأن الله تعالى ذكره في كتابه بقوله سبحانه ^(٢) : (واللأئي يئسن من الحيض
من نساءكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن) فإن كان الطلاق في أول الهلال اعتبر ثلاثة
أشهر بالأهلة لقول الله تعالى ^(٣) (يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) وقال سبحانه ^(٤)
(إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم)
ولم يختلف الناس في أن الأشهر الحرم معتبرة بالأهلة وإن وقع الطلاق في أثناء الشهر اعتدت بقيته ثم
اعتدت شهرين بالأهلة ، ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوماً وهذا مذهب مالك ، والشافعي ،
وقال أبو حنيفة : تحتسب بقية الأول ، وتعتمد من الرابع بقدر ما فاتها من الأول ، تماماً كان أو ناقصاً ،
لأنه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالأهلة فإذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه . وخرج
أصحابنا وجهاً ثانياً أن جميع الشهور محسوبة بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعي لأنه إذا حسب الأول
بالعدد كان ابتداء الثاني من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث .

ولنا : أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك إذا غم الشهر كمل ثلاثين والأصل
الهلال فإذا أمسكن اعتبار الهلال اعتبروا وإذا أعذر رجعوا إلى العدد وفي هذا انفصال عما ذكر لأبي
حنيفة وأما التخريج الذي ذكرناه فإنه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثاني ويجوز أن يسكون
تمامه من الرابع .

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٢) سورة الطلاق آية ٤

(٣) سورة البقرة آية ١٨٩ (٤) سورة التوبة آية ٣٦

٦٣١١

فصل

وتجب العدة من الساعة التي فارقتها زوجها فيها فلو فارقتها نصف الليل أو نصف النهار اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله في قول أكثر أهل العلم وقال أبو عبد الله بن حامد لا تحسب بالساعات وإنما تحسب بأول الليل والنهار فإذا طلقها نهراً احتسبت من أول الليل الذي يليه ، وإن طلقها ليلاً احتسبت بأول النهار الذي يليه . وهذا قول مالك ، لأن حساب الساعات بشق ، فسقط اعتباره .

ولذا : قول الله تعالى : « فعدتھن ثلاثة أشهر^(١) » ولا تجوز الزيادة عليها بغير^(٢) دليل وحساب الساعات ممكن إما بيقين وإما استظهاراً فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى .

٦٣١٢

مسألة

قال : (والأمة شهران)

اختلفت الروايات عن أبي عبد الله في عدة الأمة فأكثر الروايات منه أنها شهران رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه : عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه بإسناده وهذا قول عطاء والزهرى وإسحاق وأحد قولي الشافعي لأن الأشهر بدل من القروة وعدة ذات القروة قرءان فبدلها شهران . ولأنها معتدة بالشهور عن غير الوفاة فكان عددها كعدد القروة ولو كانت ذات قرء كالحررة .

والرواية الثانية : أن عدتها شهر ونصف نقلها اليموني والأثرم واختارها أبو بكر وهذا قول علي رضي الله عنه وروى ذلك عن ابن عمر ، وابن المسيب ، وسالم ، والشعبي ، والنزدي ، وأصحاب الرأي . وهو قول ثان للشافعي ، لأن عدة الأمة نصف عدة الحررة ، وعدة الحررة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف ، وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتمنيز تبعيض الحيضة ، فإذا صرنا إلى الشهور أمكن التقصيف ، فوجب التصير إليه كما في عدة الوفاة ، وبصير هذا كالحرمة إذا وجب عليه في جزاء الصيد نصف مدة أجزائه لإخراجه ، فإن أراد الصيام مكانه صام يوماً كاملاً . ولأنها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحررة كمدة الوفاة ولأنها معتدة بالشهور فكانت على النصف من عدة الحررة كالمعتوف عنها زوجها .

والرواية الثالثة : أن عدتها ثلاثة أشهر ، وروى ذلك عن الحسن ، ومجاهد ، وعمر بن عبد العزيز ، والنخعي ، ويحيى الأنصاري ، وربيعة ، ومالك ، وهو القول الثالث للشافعي لعدم قوله تعالى : (فعدتھن ثلاثة أشهر^(٣)) ، ولأنه استبراء للأمة الآية بالشهور ، فكان ثلاثة أشهر كاستبراء الأمة إذا ملكها

(١) سورة الطلاق آية ٤ . (٢) في ١٨ : من غير . (٣) سورة الطلاق آية ٤

أو مات سيدها ، ولأن اعتبار الشهور ههنا للم براءة الرحم ، ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر في الحرة والأمة جميعاً ، لأن الحمل يكون نطفة أربعين يوماً ، وعلاقة أربعين يوماً ، ثم يصير مضغة ، ثم يتحرك ويملأ بطن المرأة ، فيظهر الحمل . وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ، ولذلك كان استبراء الأمة في حق سيدها ثلاثة أشهر ، ومن رد هذه الرواية قال : هي مخالفة لإجماع الصحابة ، لأنهم اختلفوا على القولين الأولين ، ومتى اختلفت الصحابة على قولين لم يجوز إحداث قول ثالث ، لأنه يفضي إلى تحطيتهم ، وخروج الحق عن قول جميعهم ، ولا يجوز ذلك . ولأنها ممتدة لغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القمر المتوفى عنها زوجها .

فصل

٦٣١٣

واختلف عن أحد في السن الذي يصير به المرأة من الآيسات ، فعنه أوله خمسون سنة ، لأن عائشة قالت : إن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد خمسين سنة . وعنه إن كانت من نساء المعجم فخمسون ، وإن كانت من نساء العرب فستون ، لأنهن أقوى طبيعة ، وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب أن هنداً بنت أبي عبيدة بن عبد الله بن زمة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة . وقال : يقال إنه إن تلد^(١) بعد خمسين سنة إلا عربية ، ولا تلد لستين إلا قرشية وللشافعي قولان :

أحدهما : يعتبر السن الذي يتيقن أنه إذا إنه إذا بلغته لم تحض ، قال بعضهم هو اثنتان وستون سنة . والثاني : يعتبر السن الذي تيمس فيه نساء عشيرتها لأن الظاهر أن نشأها كفتشهن وطبها كطباهن والصحيح إن شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عاداتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لأن وجود الحيض في حق هذه نادر بدليل قول عائشة ، وقلة وجوده ، فإذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس عن وجوده ، فلما حينئذ أن تعقد بالأشهر ، وإن انقطع قبل ذلك لحكمها حكم من ارتفع حيضها ، لا تدرى مارفعه ، على ما سنفذ كره إن شاء الله : وإن رأت الدم بعد الحسنيين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح لأن دليل الحيض الوجود في زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه ، وإن كان نادراً ، وإن رآته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض لأنه لم يوجد ذلك ، قال الخرق ، فإذا رآته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فمعد ذلك لا تعقد به وتعقد بالأشهر كالتى لا ترى دمًا .

٦٣١٤

فصل

وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين ، لأن المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحيض التسع ، وقد روى عن الشافعى أنه قال رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة ، فمذه إذا أسقطت من عمرها مدة الحملين في الغالب عاماً ونصفاً وقسمت الباقي بينها وبين ابتتها كانت كل واحدة منهما قد حمت لدون عشر سنين ، فإن رأت دماً قبل ذلك فليس يحيض لأنه لم يوجد مثلها متكرراً والمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة ، ولم يوجد ذلك فلا يعتمد به .

٦٣١٥

فصل

فإن بلغت سنّاً تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض خمس عشرة سنة فمدتها ثلاثة أشهر في ظاهر قول الخرقى ، وهو قول أبى بكر ، وهو مذهب أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعى وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال رواها أبو طالب يخالف فيها أصحابه ، وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعد سنة قال القاضى هذه رواية أصح لأنه متى أتى عليها زمان الحيض ، فلم تحض صارت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها ، فيجب أن تعد بسنة كالتى ارتفع حيضها بعد وجوده .

ولنا : قول الله تعالى : (واللاتى يئسن من الحيض من نساءكم إن ارتبتم فمدتهن ثلاثة أشهر واللاتى لم يحضن)^(١) وهذه من اللاتى لم يحضن ، ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ، ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لثلة النساء^(٢) في الغالب مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض ، وفارق من ارتفع حيضها ، ولا تدرى ما رفعه ، فإنها من ذوات القروء ، وهذه لم تكن منهن .

٦٣١٦

مسألة

قال : (وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة ، وهى أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بئنت هل عدة حرة ، وإن طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة ، فأعتقت اعتدت عدة أمة) .

هذا قول الحسن ، والشعبي ، والضحاك ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وهذا أحد أقوال الشافعى ، والقول الثانى : تسكن عدة أمة سواء كانت بائناً أو رجعية ، وهو قول مالك ، وأبى نور ، لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يعتبر حكمها كالأمة كانت بائناً ، أو كالأمة طرأت بعد وجوب الاستبراء ولأنه معنى يختلف بالرق والحرية ، فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحد . وقال عطاء والزهرى وقتادة تبنى على عدة حرة بكل حال ، وهو القول الثالث للشافعى لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد في أثناء العدة انتقلت إليها ، وإن كانت بائناً كالأمة اعتدت بالشهور ثم رأت الدم .

ولنا : أنها إذا عتقت وهي رجمية فقد وجدت الحرية ، وهي زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب أن تعتد عدة الحرائر كالأمة عتقت قبل الطلاق ، وإن أعتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية ، فلم تجب عليها عدة الحرائر كالأمة عتقت بعد مضي القريين . ولأن عدة الرجمية تنتقل إلى عدة الوفاة لو مات فتنتقل إلى عدة الحرائر والبائن لا تنتقل إلى عدة الوفاة فلا تنتقل إلى عدة الحرائر كالأمة انتقضت عدتها ، وما ذكرناه لما لك يبطل بما إذا مات زوج الرجمية ، فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة والفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا حاضت الصغيرة أن الشهور بدل عن الحيض ، فإذا وجد المبدل زال حكم المبدل كالتميم يحدد الماء وليس كذلك هاهنا . فإن عدة الأمة ليست ببديل ، ولذلك تبني الأمة على ما مضى من عدتها اتفاقاً ، وإذا حاضت الصغيرة استأنفت للمدة فافترق . ونحالف الاستبراء ، فإن الحرية لو قارنت سبب وجوبه لم تسكل ، ألا ترى أن أم الولد إذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التي لم تعتق ولأن الاستبراء لا يختلف بالرق والحرية بخلاف مسائلنا .

فصل

٦٣١٧

إذا عتقت الأمة نحت العبد فاخترت نفسها اعتدت عدة الحرة لأنها كانت من زوجها وهي حرة وقد روى الحسن أن النبي صلى الله عليه وسلم ، أمر بريرة أن تعتد عدة الحرة وإن طلقها العبد طلاقاً رجمياً فأعتقها سيدها بنت على عدة الحرة سواء فسخت أو أقامت على الذكاح لأنها عتقت في عدة رجمية وإن لم تفسخ فراجعها في عدتها فلمها الخيار بعد رجعتها فإن اختارت الفسخ قبل الميس فهل تستأنف المدة أم تبني على ما مضى من عدتها ؟ . على وجهين : فإن قلنا : تستأنف . فإنها تستأنف عدة حرة . وإن قلنا : تبني بنت على عدة حرة .

مسألة

٦٣١٨

قال : (وإذا طلقها وهي ممن حاضت فارتفع حيضها ، لا تدرى ما رفعه ؟ اعتدت سنة) . وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته وهي من ذوات الأقراء فلم تر الحيض في عادتتها ولم تدر ما رفعه ؟ فإنها تعتد سنة . تسعة أشهر منها تبرص فيها لتعلم براءة رحمها لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل فإذا لم يبين الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهراً فاعتدت به ذلك عدة الآبسات ثلاثة أشهر . هذا قول عمر رضي الله عنه . قال الشافعي : هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينسكه منهم منكر عدله . وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه ، وروى ذلك عن الحسن ، وقال الشافعي في قول آخر تبرص أربع سنين أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد بثلاثة أشهر ، لأن هذه المدة هي التي يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطاً .

وقال في الجديد : تسكون في عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس تعتد حينئذ بثلاثة أشهر ،

وهذا قول جابر بن زيد ، وعطاء ، وطاوس ، والشمسي ، والفخمي ، والزهرى ، وأبى الزناد ، والثوري وأبى عبيد ، وأهل المراق . لأن الاعتداد بالأشهر جمل بعد الإياس فلم يحز قبله وهذه ليست آيسة ولأنها ترجو عود الدم فلم تعد بالشهور كالو تباعد حيضها لعارض .

ولنا : الإجماع الذى حكاه الشافعى . ولأن الفرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا تحصل به براءة رحمها . فاكتمى به ولهذا اكتفى فى حق ذات القرم بثلاثة قروء وفى حق الآيسة بثلاثة أشهر . ولو روى اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل ، ولأن عليها فى تطويل المدة ضرراً فإنها تمنع من الأزواج ونحبس دائماً ويتضرر الزوج بإيجاب للسكنى والنفقة عليه . وقد قال ابن عباس لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر ، فإن قيل : فإذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً فلم اعتبر ثم ثلاثة أشهر بعدها ؟ قلنا : الاعتداد بالقروء والأشهر إنما يكون عند عدم الحمل وقد تجب المدة مع العلم ببراءة الرحم بدليل ماله على طلاقها بوضع الحمل فوضعه وقع الطلاق ولزمها المدة .

فصل

٦٣١٩

فإن عاد الحيض إليها فى السنة ، ولو فى آخرها لزمها الانتقال إلى القروء ، لأنها الأصل فبطل بها حكم المبدل ، وإن عاد بعد مضيتها ونسكاحها لم تعد إلى القروء لأن عدتها انقضت وحكمنا بصحة نسكاحها ، فلم تبطل كالو اعتدت للصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت وإن حاضت بعد السنة ، وقبل نسكاحها ففيه وجهان .

أحدهما : لانعود لأن المدة انقضت بالشهور ، فلم تعد كالصغيرة .

والثانى : نعود لأنها من ذوات القروء ، وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كالو حاضت فى السنة .

مسألة

٦٣٢٠

قال : (وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل ، وشهران للمدة) . هذه المسألة مبنية على أصابن .

أحدهما : أن الحرة تعد بسنة إذا ارتفع حيضها ، لاتدرى مارفعه ؟

الثانى : أن عدة الأمة الآيسة شهران ، فتربص تسعة أشهر ، لأن مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والأمة ، لكونه أسراً حقيقياً ، فإذا ثبت من الحمل اعتدت مدة الآيسة شهرين ، وعلى الرواية التى جمل عدتها شهراً ونصفاً تكون عدتها عشرة أشهر ونصفاً ، ومن جعلها ثلاثة أشهر فعدتها سنة كالحره^(١) .

٦٣٢١

مسألة

قال : (وإن عرفت ما رفع الحيض كانت في مدة حتى يعود الحيض فتعتمد به ، إلا أن تصير من الآيسات فتعتمد بثلاثة أشهر من وقت تصير في عداد الآيسات) .

أما إذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع ، فإنها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال إلا أن تصير في سن اليأس ، وقد ذكرناه . فمعد ذلك تعمد مدة الآيسات . وقد روى الشافعي في مسنده بإسناده عن حبان بن حبان بن مذهب^(١) أنه طلق امرأته طلقه واحدة وكانت لها منه بنية^٢ أرضها . فتبعاعد حيضها ، ومرض حبان ، فقيل له : إنك إن مت ورثتك ، فمضى إلى عثمان وعنده على وزيد بن ثابت ، فسأله عن ذلك . فقال عثمان لعلي وزيد : ماتريان ؟ فقالا : نرى أنها إن ماتت ورثها ، وإن مات ورثته ، لأنها ليست من القواعد اللأى يثنى من الحيض ، ولا من الأبكار اللأى لم يبلغن الحيض . فرجع حبان إلى أهله ، فأنزع البنت منها ، فعاد إليها الحيض فحاضت حيضتين ، ومات حبان قبل انقضاء الثلاثة ، فوَرَّثَهَا عثمان رضى الله عنه ، وروى الأثرم بإسناده عن محمد بن يحيى بن حبان : أنه كانت عند جده امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية ، وهى مرضع ، فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الأنصارية : لم أحض فاخصموا إلى عثمان رضى الله عنه ، فمضى لها بالميراث ، فلامت الهاشمية عثمان فقال : هذا عمل ابن عمك ، هو أشار علينا بهذا - يعنى على بن أبى طالب رضى الله عنه .

٦٣٢٢

مسألة

قال : (وإن حاضت حيضة أو حيضتين . ثم ارتفع حيضها لاتدرى ما رفعه ؟ لم تنقض مدتها إلا بعد سنة بعد انقطاع الحيض) .

وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه ، أنه قال في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ، فارتفع حيضها لاتدرى ما رفعه تجلس تسعة أشهر . فإذا لم يستبين بها حمل تعمد بثلاثة أشهر ، فذلك سنة ، ولا يعرف له مخالفاً . قال ابن المنذر : قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار ، ولم ينكره منكر . وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يطلق امرأته فتحيض حيضة ثم يرتفع حيضها . قال : أذهب إلى حديث عمر إذا رفعت حيضتها . فلم تدرى مِم ارتفعت ، فإنها تنتظر سنة ، قيل له : فحاضت دون السنة فقال : ترجع إلى الحيضة . قيل له : فإن ارتفعت حيضتها أيضاً لاتدرى مِم ارتفعت ؟ قال : تعمد سنة أخرى . وهذا قول كل من وافقنا في المسألة الأولى . وذلك لأنها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة ، فوجب أن تنقل إلى الاعتداد بسنة ، كالأمر ارتفع حيضها حين طلقها ، ووجب عليها سنة كاملة ، لأن المدة

(٢) حبان بن مذهب الأنصاري له صحبة روى عنه ابنه واسع بن حبان وهو بفتح الحاء .

لأنبى على عدة أخرى ، ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ، ثم ينسبت ، انتقلت إلى ثلاثة أشهر كاملة ولو اعتدت الصغيرة شهراً أو شهرين ثم حاضت انتقلت إلى ثلاثة قروء .

٦٣٢٣

فصل

فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتيها لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض وإن طالت لأن هذه لم يرتفع حيضها ، ولم تتأخر عن عاداتها ، فهي من ذوات القروء باقية على عاداتها ، فأشبهت من لم يتباعد حيضها . ولا نعلم في هذا مخالفاً .

٦٣٢٤

فصل

في عدة المستحاضة لا تخلو إما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز ، أو لا تكون كذلك ، فإن كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمها فيه حكم غير المستحاضة ، إذا سرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها ، قال أحمد : المستحاضة تعتد أيام أقرائها التي كانت تعرف ^(١) وإن علمت أن لها في كل شهر حيضة ، ولم تعلم موضعها ، فعدتها ثلاثة أشهر . وإن شككت في شيء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت . وإن كانت مبتدأة لا تميز لها أو ناسية لا تعرف لها وقتاً ولا تمييزاً ، فمن أحد فيها روايتان :

إحدهما : أن عدتها ثلاثة أشهر ، وهو قول عكرمة ، وقتادة ، وأبي عبيد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ^(٢) حنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة ، لحمل لها حيضة في كل شهر ، تترك فيها الصلاة والصيام ، ويثبت فيها سائر أحكام الحيض ، فيجب أن تنقضي به العدة ، لأن ذلك من أحكام الحيض .

والرواية الثانية : تعتد سنة ، بمنزلة من رفعت حيضتها لا تدري ما رفعها . قال أحمد : إذا كانت قد اختلطت ولم تعلم لإقبال الدم وإدباره اعتدت سنة ، لحديث عمر . لأن به يتبين الحمل . وهو قول مالك ، وإسحاق . لأنها لم تيقن لها حيضاً ، مع أنها من ذوات القروء ، فكانت عدتها سنة كالتي ارتفع حيضها . وعلى الرواية الأولى ينبغي أن يقال : إننا متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر ، فضى لها شهران بالهلال ، وسبعة أيام من أول الثالث ، فقد انقضت عدتها . وإن قلنا : القروء الأطهار فطلقها في آخر شهر ، ثم سر لها شهران ، وهل ^(٣) الثالث انقضت عدتها . وهذا مذهب الشافعي .

(١) في ٣٩ : تعرفها .

(٢) حديث حنة بنت جحش أخرجه الشافعي وأحمد وأبو دلود والترمذي وابن ماجه والدارقطني والمحاكم . (ف) (٣) في ١٨ : وأهل

مسألة

٦٣٢٥

قال : ﴿ ولو طلقها وهي من اللاتي لم يحضن فلم تنقض عدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت المدة بثلاث حيض إن كانت حرة وبحيضتين إن كانت أمة ﴾ .

وجاءته : أن الصغيرة التي لم تحض ، أو البالغة التي لم تحض ، إذا اعتدت بالشهور لحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة ، لزمها استئناف المدة في قول عامة علماء الأمصار ، منهم سعيد بن المسيب ، والحسن ومجاهد ، وقتادة ، والشعبي ، والنخعي ، والزهري ، والثوري ، ومالك والشافعي وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، وأهل المدينة ، وأهل البصرة . وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض ، فإذا وجد البديل بطل حكم البديل كالتييم مع الماء . ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض إن قلنا : القروء الحيض ، وإن قلنا الأطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تعتد به ، لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض ، فأشبهه الطهر بين الحيضتين .

والثاني : لا تعتد به ، وهو ظاهر كلام الشافعي ، لأن القروء هو الطهر بين حيضتين ، وهذا لم يقدّمه حيض ، فلم يكن قرءاً ، فأما إن انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بالحقبة لم يلزمها استئناف المدة ، لأنه معنى حدث بعد انقضاء المدة ، كالتى حاضت بعد انقضاء المدة بزمان طويل . ولا يمكن منع هذا الأصل ، لأنه لو صح منعه لم يحصل لمن لم تحض الاعتداد بالشهور بحال .

فصل

٦٣٢٦

ولو حاضت حيضة أو حيضتين ثم صارت من الآيسات استأنفت المدة بثلاثة أشهر ، لأن المدة لاتفاق من جنسين ، وقد تكرر إتمامها بالحيض ، فوجب تسكيماً بالأشهر . وإن ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم مامضى ، وتبين أن مارأته من الدم لم يكن حيضاً ، لأن الحامل لا تحيض ، ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل لأقل من ستة أشهر منذ انقضت الحيضة الثالثة تبيناً أن الدم ليس بحيض ، لأنها كانت حاملاً مع رؤية الدم ، والحامل لا تحيض . ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن أن يكون حادثاً بعد قضاء^(١) المدة بأن تأتى به لستة أشهر منذ فرغت من عدتها لم تلحق بالزوج ، وحكمنا بصحة الاعتداد ، وكان هذا الولد حادثاً ، وإن أتت به لدون ذلك تبيناً أن الدم ليس بحيض ، لأنه لا يجوز وجوده في مدة الحمل .

(١) في ٢٩ : انقضاء .

٢٦٢٧

فصل

وإذا ارتابت ، المعتدة ومعناه : أن ترى أمارات الحمل من حركة أو نفخة ونحوها ، وشكت هل هو حمل أم لا ؟ فلا يحلو من ثلاثة أحوال

أحدها : أن تحدث به الرية قبل انقضاء عدتها ، فإنما تبقى في حكم الاعتداد حتى تزول الرية ، فإن بان حملا انقضت عدتها بوضعها ، فإن زالت قبل زوال الرية فالنكاح باطل ، لأنها تزوجت وهي في حكم المعتدات في الظاهر . ويحتمل أنه إذا تبين عدم الحمل أنه يصح النكاح ، لأنها تبينا أنها تزوجت بعد انقضاء عدتها .

الثاني : أن تظهر الرية بعد قضاء^(١) عدتها والتزوج ، فالنكاح صحيح ، لأنه وجد بعد قضاء العدة ظاهراً ، والحمل مع الرية مشكوك فيه ، ولا يزول به ما حكم بصحته ، لكن لا يحل لزوجها وطؤها ، لأنها شككتها في صحة النكاح ، ولأنه لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماؤه زرع غيره ، ثم نفطر ، فإن وضعت الولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ووطئها فنكاحه باطل ، لأنه نكحها وهي حامل ، وإن أتت به لأكثر من ذلك فالولد لاحق به ، ونكاحه صحيح .

الحال الثالث : ظهرت الرية بعد قضاء العدة ، وقبل النكاح . ففيه وجهان .

أحدهما : لا يحل لها أن تتزوج ، وإن تزوجت فالنكاح باطل ، لأنها تتزوج مع الشك في انقضاء العدة فلم يصح ، كما لو وجدت الرية في العدة ، ولأننا لو صححنا النكاح لوقع موقوفاً ، ولا يجوز كون النكاح موقوفاً ، ولهذا لو أسلم ونخلت أسرته في الشرك لم يجز أن يتزوج أختها لأن ، نكاحها يكون موقوفاً على إسلام الأولى .

والثاني : يحل لها النكاح ويصح ، لأننا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى ، فلا يجوز زوال ما حكم به بالشك الطارئ ، ولهذا لا ينفق الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ، ورجوع الشهود .

٦٣٢٨

فصل

وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أخرجت بالقرعة ، وعابها العدة دون غيرها ، وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين القرعة ، وإن طلق واحدة بعينها وأنسبها^(٢) ففي قول أصحابنا الحكم فيها

(١) في ١٨ : انقضاء .

(٢) في النسخ (وأنسبها) وهو تحريف والصواب (وأنسبها) .

كذلك والصحيح أنه يحرم عليه الجميع ، فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين من عدة الطلاق والوفاة ، لأن النكاح كان ثابتاً بيقين ، وكل واحد منهما يجوز أن تكون هي المطلقة ، وأن تكون زوجة ، فوجب أقصى الأجلين إن كان الطلاق بائناً ، ليسقط الفرض بيقين ، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عيناها ، لزمه أن يصلي خمس صلوات ، لكن ابتداء القرء من حين طلق ، وابتداء عدة الوفاة من حين الموت ، وهذا مذهب الشافعي ، وإن طلق الجميع ثلاثاً بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقن ثلاثاً ، وإن طلق ثلاثاً وأنسبهن فهو كالو طلق واحدة .

مسألة

٤٣٢٩

قال ﴿ ولو مات عنها وهو حر أو عبد قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها لتام أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة ، ولتأم شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها - أربعة أشهر وعشر ، مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ ، وذلك لقوله تعالى : « وَالَّذِينَ يَقُولُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا »^(١) . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » متفق عليه .

فإن قيل : ألا حلت الآية على المدخول بها ؟ كما قلتم في قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »^(٢) . قلنا : إنما خصصنا هذه بقوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا »^(٣) . ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسها على المطلقة في التخصيص لوجهين :

أحدهما : أن النكاح عقد عمر ، فإذا مات انتهى ، والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه ، كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل ، وأحكام الإجارة بانقضائها ، والعدة من أحكامه .

الثاني : أن المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه بالامان ، وهذا ممتنع في حق الميت ، فلا يؤمن أن تأتي بولد فيلحق الميت نسبه ، وماله من نفيه ، فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والميت في غير منزلها حفظاً لها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قوله عامة أهل العلم . وحكى عن مالك أنها إذا كانت مدخولاً بها وجب أربعة أشهر وعشر فيها حيضة ، واتباع الكتاب والسنة أولى ، ولأنه لو

(١) سورة البقرة آية ٢٢٤ (٢) سورة البقرة ٢٢٨ (٣) سورة الاحزاب آية ٤٩

اعتبر الحيض في حكمه - لا يعتبر ثلاثة قروء كالمطقة ، وهذا الخلاف يختص بذات القروء ، فأما الآيسة والصغيرة فلا خلاف فيها ، وأما الأمة المتوفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم . منهم : سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وسليمان بن يسار ، والزهري ، وقتادة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم إلا ابن سيرين فإنه قال : ما أرى عدة الأمة إلا كمدة الحرة ، إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنة ، فإن السنة أحق أن تنقبع ، وأخذ بظاهر النص وعمومه . ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة ، فكذلك عدة الوفاة .

فصل

٦٣٣٠

والعشر للمعتبرة في العدة هي عشر ليال بأيامها ، فتجب عشرة أيام مع الليالي . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي ، وقال الأوزاعي : يجب عشر ليال وتسعة أيام ، لأن للعشر تسعمم في الليالي دون الأيام . وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً . قلنا : العرب تغلب اسم الثأنيث في العدد خاصة على المذكر ، فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها . كما قال الله تعالى نذكرها : « آيَتِكَ إِلَّا تَسْكُمُ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا »^(١) يريد أيامها ، بدليل أنه قال في موضع آخر : « آيَتِكَ إِلَّا تَسْكُمُ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا »^(٢) يريد بلياليها . ولو نذر اعتسكاف العشر الأخيرة من رمضان لزمه الليالي والأيام ، ويقول القائل : مرنا عشرأ يريد الليالي بأيامها ، فلم يجز نقلها عن العدة إلى الإباحة بالشك .

فصل

٦٣٣١

وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا بلا خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك ، وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاق ، وينالها ميراثه ، فاعتدت للوفاة كغير المطلقة . وإن مات مطلق البائن في عدتها بذت على عدة الطلاق ، إلا أن يطلقها في مرض موته ، فإنها تعتد أطول الأجابين من عدة الوفاة ، أو ثلاثة قروء نص على هذا أحمد ، وبه قال الثوري ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وقال مالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر : تبني على عدة الطلاق ، لأنه مات وليست زوجة له ، لأنها بائن من النكاح ، فلا تكون منكوحة .

ولنا : أنها وارثة له ، فيجب عليها عدة الوفاة كالرجعية ، تلزمها عدة الطلاق لما ذكره في دليلمهم . وإن مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض ، أو بالشهور ، أو بوضع الحمل ، أو كان طلاقه قبل

الدخول ، فليس عليها عدة لموته . وقال القاضى : عليهن عدة الوفاة إذا قلنا يرثه ، لأنهن يرثه بالزوجية فتجب عليهن عدة الوفاة ، كما لو مات بعد الدخول ، وقبل قضاء العدة . ورواه أبو طالب عن أحد في التي انقضت عدتها ، وذكر ابن أبي موسى فيها روايتين ، والصحيح أنها لا عدة عليها لأن الله تعالى قال : (إذا نسكحتمُ المؤمناتِ ثم طلقتموهن من قبل أن يمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها)^(١) ، وقال : (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)^(٢) وقال : (واللاتي يئسن من الحيض من نساكنكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن)^(٣) فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ، ولأنها أجنبية محل للأزواج ، وبحل المطلق نكاح أختها وأربع سواها ، فلم تجب عليها عدة لموته ، كما لو تزوجت ونحالف التي مات في عدتها ، فإنها لا تحل لغيره في هذه الحال ، ولم تنقض عدتها ، ولا نسلم أنها ترثه فإنها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثمانى زوجات ، فأما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعلمه ، ولا ترثه أيضاً ، وإن كانت المطلقة البائن لا ترث كالأمة أو الحرة بطلاقها العبد ، أو الذمية بطلاقها المسلم ، والمخفأة أو فاعلة^(٤) ما يفسخ نكاحها ، لم تلزمها عدة . سواء مات زوجها في عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا ، فهم عللوا نقلها إلى عدة الوفاة بإرثها ، وهذه ليست وارثة ، فأشبهت المطلقة في الصحة ، وأما المطلقة في الصحة إذا كانت بائناً فمات زوجها ، فإنها تبني على عدة الطلاق ، ولا تعدد للوفاة وهذا قول مالك ، والشافعى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور ، وابن المنذر . وقال الثورى ، وأبو حنيفة : عليها أطول الأجلين ، كما لو طلقها في مرض موته .

ولذا قوله سبحانه « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »^(٥) ولأنها أجنبية منه في نكاحه وميراثه ، والحل له ، ووقوع طلاقه وظهاره ، وتحل له أختها ، وأربع سواها ، فلم تعدد لوفاته ، كما لو انقضت عدتها ، وذكر القاضى في المطلقة في المرض أنها إذا كانت حاملاً تعدد أطول^(٦) الأجلين ، وليس هذا بشئ . لأن وضع الحمل تنقضى به كل عدة ، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل على ما نذكره في المسألة التي تلى هذا إن شاء الله تعالى .

مسألة

٦٣٣٣

قال (ولو طلقها أو مات عنها وهي حامل منه لم تنقض عدتها إلا بوضع الحمل ، أمة كانت أو حرة) . أجمع أهل العلم في جميع الأعصار على أن المطلقة الحامل تنقض عدتها بوضع حملها . وكذلك كل

(١) سورة الاحزاب آية ٤٩ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٣) سورة الطلاق آية ٤ (٤) في ١٨ : أو التي فعلت .

(٥) سورة البقرة آية ٢٢٨ . (٦) في ٢٩ : بأطول .

مفارقة في الحياة وأجمعوا أيضاً على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً أجلها وضع حملها ، إلا ابن عباس ، وروى عن علي من وجه منقطع : أنها تعتد بأقصى الأجلين . وقاله أبو السنابل ^(١) بن بمكان في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ، فرد عليه النبي صلى الله عليه وسلم قوله . وقد روى عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث ^(٢) سبيعة وكره الحسن ، والشعبي ، أن تنسكح في دمه . ويحكى عن حماد ، وإسحاق أن عدتها لا تنقضي حتى تطهر . وأبي سائر أهل العلم هذا القول ، وقالوا : لو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ، ولكن لا يوطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى ^(٣) « وأولاتُ الأحمالِ أجُلُهُنَّ أن يضعن حملهن » . وروى عن أبي بن كعب ، قال : قلت للنبي صلى الله عليه وسلم : « وأولاتُ الأحمالِ أجُلُهُنَّ أن يضعن حملهن » للمطلة ثلاثاً ، أو المتوفى عنها ؟ قال : « هي المطلقة ثلاثاً ، والمتوفى عنها » وقال ابن مسعود : من شاء ^(٤) باهله أولاهته أن الآية التي في سورة النساء القصص : « وأولاتُ الأحمالِ أجُلُهُنَّ أن يضعن حملهن » نزلت بعد التي في سورة البقرة ^(٥) « والذين يقفون منكم ويذرون أزواجاً » يعني : أن هذه الآية هي الأخيرة ، فتقدم على ما خالفها من عموم الآيات المقدمة ، ويخص بها عمومها .

وروى عبد الله بن الأرقم « أن سُبَيْعَةَ الأَسْلَمِيَّة أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة ، وتوفى عنها في حجة الوداع وهي حامل ، فلم تنشب ^(٦) أن وضعت حملها بعد وفاته ، فلما تَعَلَّتْ ^(٧) من نفاسها تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنابل بن بمكان ^(٨) ، فقال : مالي أراك متجملة ، لعلك ترجين النكاح ؟ إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر ، قال سبيعة : فلما قال لي ذلك جمعت على ثيابي حين أمسيت ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك ، فأفغانى بأنني قد حلت حين وضعت حملي ، فأمرني بالتزويج إن بدالى . متفق عليه ، قال ابن عبد البر هذا حديث صحيح ، قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة ، إلا ما روى عن ابن عباس . وروى عن علي من وجه

(١) و (٢) سيخرجه المؤلف ذا كراً له بتمامه في نهاية هذه المسألة (ف)

(٣) سورة الطلاق آية ٤ . (٤) المبالغة : الملاءمة أي من خالفني فليجتمع معي حتى نلتم المخالف للحق وهذا كناية عن قطعه وجزمه بما يقول والقصري تأنيث الاقصر ضد الطولى تأنيث الاطول وسورة النساء القصص : هي سورة الطلاق ، والطولى . سورة البقرة وأثر ابن مسعود أخرجه النسائي وابن ماجه (ف) . (٥) آية ٢٣٤ .

(٦) لم تنشب : لم تلبث . وحقيقته لم يتعلق بشئ غيره ولا اشتغل بسواه والمراد لم يتأخر وضعها الحمل عن موت الزوج (ف) . (٧) تَعَلَّتْ : بتشديد اللام من تعلّى إذا ارتفع أو برأ والمراد لما ارتفعت وطهرت أو خرجت من نفاسها وسلبت (ف) . (٨) اسمه عمرو وقيل حبة بالباء أو بالنون (ف) .

منقطع . ولأنها معدة حامل فتتقضى عدتها بوضعه كالمطلقة بحقه أن العدة إنما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ، ووضعه أدل الأشياء على البراءة منه ، فوجب أن تنقضى العدة ، ولأنه لا خلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل ، فوجب أن تنقضى به ، كما في حق المطلقة^(١) .

فصل

٦٣٣٣

وإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه ، وإن ظهر بعضه فهي في عدتها حتى ينفصل ماقيه ، لأنها لا تكون واضمة لحملها ما لم يخرج كله . وإن كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر ، لأن الحمل هو الجميع ، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة ، فإنهما قالا : تنقضى عدتها بوضع الأول ولا تنزوج حتى تضع الآخر .

وذكر^(٢) ابن أبي شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال : إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها ، قيل له : فتزوج ؟ قال : لا . قال قتادة : خصم العبد ، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم . والمعنى : فإن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل فإذا علم وجود الحمل فقد تيقن وجود الموجب للعدة ، وانفتت البراءة الموجبة لانقضائها ، ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الأول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر . فإن وضعت ولداً وشككت . في وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتيقن أنها لم يبق معها حمل لأن الأصل بقاؤها فلا يزول بالشك .

مسألة

٦٣٣٤

قال : ﴿ والحمل الذي تنقضى به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان حرة أو أمة ﴾ .
وجملة ذلك أن المرأة إذا ألفت بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل من خمسة أحوال أحدها : أن تضع ما بان فيه خلق آدمي من الرأس واليد والرجل ، فهذا تنقضى به العدة بخلاف بينهم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضى بالسهط إذا علم أنه ولد . ومن نحفظ عنه ذلك الحسن ، وابن سيرين ، وشريح ، والشعبي ، واللفظي ، والزهري ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق .

قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : إذا نكس في الخلق الرابع ؟ يعني تنقضى به العدة ؟ فقال : إذا نكس في الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ، وإنما إذا تبين خلقه هذا أدل ، وذلك لأنه إذا بان

(١) في ١٨ : كالمطلقة .

(٢) في ١٨ : وروى .

فيه شيء من خلق آدمى علم أنه حمل ، فيدخل في عموم قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلمن أن يضمن حملن » ^(١) .

والحال الثانى : ألفت نطفة أو دما لاتدرى هل هو يخلق منه آدمى أولا ، فهذا لايتعلق به شيء من الأحكام ، لأنه لم يثبت أنه ولد ، لا بالمشاهدة ولا بالبينة .

الحال الثالث : ألفت مضغة لم تبين فيها الخلقة ، فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمى ، فهذا فى حكم الحال الأول ، لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد .

الحال الرابع : إذا ألفت مضغة لاصورة فيها ، فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمى ، فاختلف عن أحمد . فنقل أبو طالب أن عدتها لاتنقضى به ولا نصير به أم ولد ، لأنه لم يبين فيه خلق آدمى ، فأشبهه الدم . وقد ذكر هذا قولاً للشافعى ، وهو اختيار أبى بكر .

ونقل الأثرم عن أحمد : أن عدتها لاتنقضى به ، ولكن نصير أم ولد ، لأنه مشكوك فى كونه ولداً فلم يحكم بإنتضاء المدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ، ولم يجز بيع الأمة الوالدة له مع الشك فى رقها فيثبت كونها أم ولد احتياطاً ، ولاتنقضى المدة احتياطاً . ونقل حنبل أنها نصير أم ولد ، ولم يذكر المدة فقال بعض أصحابنا على هذا تنقضى به المدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعى ، لأنهم شهدوا بأنه خلقة آدمى أشبهه ماله تصور ، والصحيح أن هذا ليس برواية فى المدة لأنه لم يذكرها ولم يعرض لها .

الحال الخامس : أن تضع مضغة لاصورة فيها ، ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمى ، فهذا لاتنقضى به عدة ، ولا نصير به أم ولد ، لأنه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولا مشاهدة ، فأشبهه المعلقة ، فلا تنقضى المدة بوضع ما قبل المضغة بحال ، سواء كان نطفة أو علقة ، وسواء قيل إنه مبتدأ خلق آدمى أو لم يقل . نص عليه أحمد . فقال : أما إذا كان علقة فليس بشيء ، إنما هى دم لاتنقضى به عدة ولا يعلق به أمة ، ولا نعلم مخالفاً فى هذا إلا الحسن ، فإنه قال : إذا علم أنها حمل انقضت به المدة وفيه الفرة ، والأول أصح ، وعليه الجمهور ، وأقل مانقضى به المدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمكنه وطؤها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال ^(٢) : « إن خلق أحدكم ليجمع فى بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوماً ، ثم يكون علقة مثل ذلك ، ثم يكون مضغة مثل ذلك » ولا تنقضى المدة بما دون المضغة ، فوجب أن تكون بعد الثمانين ، فأما ما بعد الأربعة أشهر فليس فيه إشكال ، لأنه منكس فى الخلق الرابع .

(١) سورة الطلاق آية ٤

(٢) أخرجه الشيخان عن ابن مسعود (ف)

٦٣٣٥

فصل

وأقل مدة الحمل ستة أشهر ، لما روى الأثرم بإسناده عن أبي الأسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر ، فهم عمر برجمها ، فقال له علي : ليس لك ذلك ، قال الله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين)^(١) وقال تعالى : (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً)^(٢) فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً ، لا رجم عليها . نقله عمر سبيلها ، وولدت مرة أخرى لذلك الحد^(٣) ، ورواه الأثرم أيضاً عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك قال عاصم الأحول : فقلت لعكرمة : إنا بلغنا أن علياً قال هذا فقال عكرمة : لا ، ما قال هذا إلا ابن عباس ، وذكر ابن قتيبة في المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر ، وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي وغيرهم .

٦٣٣٦

مسألة

قال : (ولو طلقها أو مات عنها ، فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها به) .

ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين ، وبه قال الشافعي ، وهو المشهور عن مالك وروى عن أحمد أن أقصى مدته سنتان ، وروى ذلك عن عائشة ، وهو مذهب الثوري ، وأبي حنيفة ، لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل : ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف هاهنا ولا اتفاق ، إنما هو على ما ذكرنا ، وقد وجد ذلك ، فإن الضحاك بن مزاحم ، ومهرم ابن حيان ، حملت أم كل واحد منهما به سنتين . وقال الليث : أقصاه ثلاث سنين ، حملت مولاة لعمر ابن عبد الله ثلاث سنين ، وقال عباد بن العوام : خمس سنين ، وعن الزهري قال : قد تحمل المرأة ست سنين ، وسبع سنين ، وقال أبو عبيد : ليس لأقصاه وقت يوقف عليه .

ولنا : أن ما لا نص [فيه] يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنين ، فروى الوليد بن مسلم قال : قالت لما لك بن أنس حديث جميلة بنت سعد عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل . قال مالك : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد ، وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين ، وقال أحمد : نساء بني عجلان يحملن أربع سنين وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين . وبقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي في بطن أمه أربع سنين ، وهكذا إبراهيم بن نجيح العميلي حكى ذلك أبو الخطاب ، وإذا تقرر

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣

(٢) سورة الاحقاف آية ١٥ .

(٣) أي لستة أشهر (ف)

وجوده وجب أن يحكم به ، ولا يزداد عليه لأنه ما وجد ، ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ، ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحل ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وغيرهما . إذا ثبت هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ، ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انتقضت عدتها بالقروء ، ولا بوضع الحل . فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها منقضية به .

فصل

٦٣٣٧

وإن أتت بالولد لأربع سنين منذ مات أو بانث منها بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجمية لم يلحقه ولدها ، لأننا نعلم أنها علقته به بعد زوال النكاح والبيئونة منه . وكونها قد صارت منه أجنبية ، فأشبهت سائر الأجنيات . ومفهوم كلام الخرق أن عدتها لا تنقضى به لأنه لا ينتفى عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها منه بوضعه كالوأتت به لأقل من ستة أشهر منذ نكحها . قال أبو الخطاب : هل تنقضى به العدة ؟ على وجهين .

وذكر للقاضي أن عدتها تنقضى به ، وهو مذهب الشافعي لأنه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جسد نكاحها فوجب أن تنقضى به العدة ، وإن لم يلحق به كالولد المنفى باللعان ، وبهذا فارق الذي أتت به لأقل من ستة أشهر فإنه ينتفى عنه يقيماً ، ثم ناقضوا قولهم ، فقالوا : لو تزوجت في عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني ولأكثر من أربع سنين من حين بانث من الأول فالولد منتف عنهما ، ولا تنقضى عدتها بوضعه عن واحد منهما ، وهذا أصح ، فإن احتمال كونه منه لم يكف في إثبات نسب الولد منه مع أنه يثبت بمجرد الإمكان فلا لا يكفي في انقضاء العدة أولى وأحرى ، وما ذكروه منقضى بما سلموه ، وما ذكروه من الفرق بين هذا ، وبين الذي أتت به لأقل من ستة أشهر غير صحيح ، فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو بفكاح غير هذا الفكاح الذي أتت بالولد فيه فاستويا .

وأما المنفى باللعان فإننا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه ونفيها حكمه في كونه منه بالنسبة إليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء عدتها من الأحكام المتعلقة بها دونه فثبتت .

فصل

٦٣٣٨

وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من بعد انقضائها لم يلحق نسبه بالزوج ، وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وقال مالك والشافعي : يلحق به ما لم تتزوج أو يبلغ أربع سنين وكلام الخرق يحتمل ذلك . فإنه أطلق قوله إذا أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وذلك لأنه ولد يمكن كونه منه ، وليس معه من هو أولى منه ولا من يساويه فوجب أن يلحق به كالوأتت به بعد عقد النكاح .

ولما : أنها أتت بعد الحكم بقضاء عدتها وحل النكاح لها بمدة الحمل فلم يلحق به كما لو أتت به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء النكاح أو آثاره وقد زال ذلك ، وإن انقضت عدتها بالشهور ثم أتت بولد لدون أربع سنين لحقه نسبه لأنها إن كانت تدعى الإياس تبيننا كذبها فإن من تحمل ليست يأسه وإن كانت من اللائي لم يحضن أو متوفى عنها لحقه ولدها لأنه لم يوجد في حقها ما ينافي كونها حاملا .

فصل

٦٣٣٩

وإذا مات الصغير الذي لا يولد لمثله عن زوجته فأنت بولد لم يلحقه نسبه ، ولم تنقض العدة بوضعه ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إن مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع فإن ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به .

وقد روى عن أحمد في الصبي مثل قول أبي حنيفة وذكره ابن أبي موسى قال أبو الخطاب وفيه بعد وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج بامرأة ودخل بها وأنت بولد لدون سنة أشهر من حين عقد النكاح فإنها لا تعتد بوضعه عندنا ، وعنده تعتد به واحتج بقوله تعالى : (وأولات الأحمال أجلمن أن يضمن حملهن)^(١) .

ولما : أن هذا حمل منفى عنه بيقيناً فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته والآية واردة في المطلقات ثم هي مخصوصة بالقياس الذي ذكرناه .

إذا ثبت هذا فإن عدتها تنقضي بوضع الحمل من الوطء الذي علقت به منه ، سواء كان هذا الولد مباحاً بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد ، أو وطء شبهة ، أو كان من زنا لا يلحق بأحد ، لأن العدة تجب من كل وطء ، فإذا وضعته اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر ، لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان . وإن كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها ، وأنت بولد لدون سنة أشهر منذ تزوجها ، فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء . وكذلك إذا طلق الخصى أو المحبوب امرأته أو مات عنها فأنت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضي به مدة الوطء ، ثم تستأنف مدة الطلاق ، أو مدة الوفاة على ما ينداه ، وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أن الولد يلحق به ، لأنه قد يتصور منه الإنزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل ، فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضي به العدة . والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد لأنه لم تجر به عادة ، فلا يلحق به ولدها كالصبي الذي لم يبلغ عشر سنين ولو تزوج امرأة في مجلس الحائض ثم طلقها في المجلس أو تزوج المشرق بالمغربية ثم أتت بولد لا يمكن

أن يكون بعد اجتماعهما بحد الحبل فإنه لا يلحقه نسبه ولا تنفعي العدة بوضعه .

مسألة

٢٣٤٠

قال : (ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فرق بينهما وبنت على ماضي من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثاني) .

وجملة الأمر أن المدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها إجماعاً ، أي عدة كانت لقول الله تعالى : « وَلَا تَزِمُوا عِدَّةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ » ^(١) . ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم ، لئلا يفضي إلى اختلاط المياه ، وامتزاج الأنساب . وإن تزوجت فالنكاح باطل ، لأنها ممنوعة من النكاح حتى الزوج الأول ، فكان نكاحاً باطلاً كولو تزوجت وهي في نكاحه ، ويجب أن يفرق بينه وبينها ، فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها ، ولا تنقطع بالعقد الثاني ، لأنه باطل لا يصير به المرأة فراشاً ، ولا يستحق عليه بالعقد شيء ، وتسقط سكتها ^(٢) ونفقة عن الزوج الأول ، لأنها ناشز ، وإن وطئها انقطعت العدة ، سواء علم التحريم أو جهله . وقال أبو حنيفة : لا تنقطع ، لأن كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها ، كولو وطئت بشبهة وهي زوجة ، فإنها تعدد وإن كانت فراشاً للزوج . وقال القاضي إن وطئها علاناً بأنها معتدة وأنها محرم فهو زان ، فلا تنقطع العدة بوطنه ، لأنها لا تصير به فراشاً ، ولا يلحق به نسب . وإن كان جاهلاً بأنها معتدة أو بالتحريم انقطعت العدة بالوطء لأنها تصير به فراشاً ، والعدة تزداد للاستبراء ، وكونها فراشاً ينافي ذلك ، فوجب أن يقطعها . فأما طريانه عليها فلا يجوز .

ولذا : أن هذا وطء بشبهة نكاح ، فنقطع به العدة كولو جهل . وقولهم : إنما لا تصير به فراشاً ، قلنا : لا يكفي لا يلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج الأول ، فهما شيان .

إذا ثبت هذا فعليه فراقها ، فإن لم يفعل وجب التفريق بينهما . فإن فارقتها أو فرق بينهما وجب عاها أن تكمل عدة الأول ، لأن حقه أسبق ، وعدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح ، فإذا أكملت عدة الأول وجب عليها أن تعدد من الثاني ، ولا تتداخل العدتان ، لأنهما من رجلين وهذا مذهب الشافعي .

وقال أبو حنيفة تتداخلان ، فتأني بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني ، تسكون عن بقية عدة الأول ، وعدة الثاني ، لأن القصد معرفة براءة الرحم ، وهذا يحصل به براءة الرحم منهما جميعاً .

ولنا : ما روى مالك عن ابن شهاب ، عن سعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار : « أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي ، فطلقها ونكحها غيره وفي عدتها فضربها عمر بن الخطاب ، وضرب زوجها ضربات

(٢) في المطبوعة : وتسقط شيء . خطأ .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٥ .

بمخفقة ، و فرق بينهما ، ثم قال : أيما امرأة نكحت في عدتها ، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، وكان خاطباً من الخطاب ، وإن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ولا ينكحها أبداً .

وروى بإسناده عن علي أنه قضى في التي تزوج في عدتها : أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وتكمل ما أفسدت من عدة الأول ، وتعتمد من الآخر وهذا قول سيدنا من الخلفاء لم يعرف لها في الصحابة مخالف ، ولأنهما حقان مقصودان لأدميين ، فلم يتداخل كالديتين واليمينين ، ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء ، فلم يحز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة .

مسألة

٦٣٤١

قال : ﴿ وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين ﴾ .

يعنى : الزوج الثاني أن يتزوجها بعد انقضاء العدتين . فأما الزوج الأول فإن كان طلاقه ثلاثاً لم تحل له بهذا النكاح وإن وطئ فيه ، لأنه نكاح باطل وإن كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضاً بعد العدتين . وإن كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه . وعن أحمد رواية أخرى : أنها تحرم على الزوج الثاني على التأبيد ، وهو قول مالك ، وقديم قولى الشافعى ، أقول عمر : « لا ينكحها أبداً » ، ولأنه استعمل الحق قبل وقته ، فخرمه في وقته كالوارث إذا قتل موروثه^(١) ولأنه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كالامان . وقال الشافعى في الجديد : له نكاحها بعد انقضاء عدة الأول ، ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه ، ولأنه وطئ يلحق به النسب ، فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح ، ولأن العدة إنما شرعت لحفظاً للنسب وصيانة للماء ، والنسب لاحق به هاهنا . فأشبهه ماله خالماً ثم نكحها في عدتها . وهذا حسن موافق للنظر .

ولنا على إباحتها بعد العدتين : أنه لا يخلو ، إما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد ، أو بهما ، وجميع ذلك لا يقتضى التحريم ، بدليل ماله نكحها بلا ولي ووطئها ، ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد ، فهذا أولى ، ولأن آيات الإباحة عامة كقوله تعالى : (وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ)^(٢) وقوله : (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ)^(٣) فلا يجوز تخصيصها بغير دليل . وماروى عن عمر في تحريمها فقد خالعه على فيه ، وروى عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم إلى قول علي . فإن علياً قال : « إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب » فقال عمر : « ردوا الجهالات إلى السنة » ورجع إلى قول علي ،

وقياسهم يبطل بما إذا زنى بها ، فإنه قد استعجل وطأها ، ولا تحرم عليه على التأبيد . ووجه تحريمها عليه قبل انقضاء عدة الثانى عليه قول الله تعالى : (وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ)^(١) ولأنه وطء يفسد به النسب ، فلم يحز للنكاح فى العدة منه كوطء الأجنبي .

فصل

٦٣٤٢

وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة ، أو فى نكاح فاسد ، فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره ، والأولى حل نكاحها إن هى معتدة منه ، إن كان يلحقه نسب ولدها ، لأن العدة لحفظ مائه ، وصيانة نسبه ، ولا يمان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ، ولا يحفظ نسبه عنه . ولذلك أبيع للمختلعة نكاح من خالها . ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها ، لأن نكاحها يفضى إلى اشتباه النسب ، فالواطئ كغيره فى أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما .

مسألة

٦٣٤٣

قال ﴿ وإن أنت بولد يمكن أن يكون منهما أرى القافة ، وألحق بمن ألحقوه منهما ، وانقضت عدتها منه ، واعتدت للآخر ﴾ .

وجملته : أنها إذا كانت حاملا انقضت عدتها منه بوضع حملها ، لقوله سبحانه : « وأولاتُ الأحمالِ أجلمنَّ أن يضمنَ حملهنَّ »^(٢) ثم ننظر ، فإن كان يمكن أن يكون من الأول دون الثانى ، وهو أن تأتى به لدون ستة أشهر من وطء الثانى ، وأربع سنين فما دونها من فراق الأول ، فإنه يلحق بالأول ، وتنقض عدتها به منه بوضعه ، ثم تعد بثلاثة قروء من الثانى ، وإن أمكن كونه من الثانى دون الأول وهو أن تأتى به لستة أشهر فما زاد إلى أربع سنين من وطء الثانى ، ولأكثر من أربع سنين منذ بانت من الأول ، فهو ملصق بالثانى دون الأول ، فتتقضى به عدتها من الثانى ، ثم تتم عدة الأول ، وتقدم عدة الثانى ههنا على عدة الأول ، لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان : والعدة من غيره . وإن أمكن أن يكون منهما وهو أن تأتى به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثانى ، ولأربع سنين فما دونها من بينوتهما من الأول ، أرى القافة فإن ألحقته بالأول لحق به ، كما لو أمكن أن يكون منه دون الثانى ، وإن ألحقته بالثانى لحق به ، وكان الحكم كما لو أمكن كونه من الثانى دون الأول .

فإن أشكل أمره على القافة أو لم تكن قافة ، لزمها أن تعد بعد وضعه بثلاثة قروء ، لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثانى ، وإن كان من الثانى فعتبها أن تسكن عدة الأول ، ليستط

الفرض بيقين . فأما الولد فقال أبو بكر : يضيع نسبه ، لأنه لا دليل على نسبه إلى واحد منهما ، فأشبهه مالهو كان مجنوناً لم ينتسب إلى واحد منهما . وقال أبو عبد الله بن حامد : يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما . ومقتضى المذهب : أن تنقض عدتها بهما جميعاً ، لأن نسبه ثبت منهما ، كما تنقض عدتها به من الواحد الذي يثبت نسبه منهما .

وإن نفقه القافة عنهما فحكم مالهو أشكل أمره ، وتعتد بعد وضعه بثلاث قروء ، ولا ينتفى عنهما بقول القافة ، لأن عمل القافة في ترجيح أحد صاحبي الفراش ، لاقى النفي عن الفراش كله . ولهذا لو كان صاحب الفراش واحداً فنفته القافة عنه لم يفت عنه بقولها . فأما إن ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني ، ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول ، لم يلحق بواحد منهما ، ولا تنقض به عدتها منه ، لأننا نعلم أنه من وطء آخر ، فتتقض به عدتها من ذلك الوطاء ، ثم تتم عدة الأول ، وتستأنف عدة الثاني ، لأنه [قد]^(١) وجد ما يقتضي عدة ثالثة ، وهو الوطاء الذي حملت منه ، فتجب عليها عدتان وإتمام العدة الأولى .

فصل

٦٣٤٤

وإذا تزوج معتدة ومها عالمان بالمدة وتحريم النكاح فيها ، ووطئها ، فهما زانيان ، عليهما حد الزنا ، ولا مهر لها ، ولا يباحقه النسب ، وإن كانا جاهلين بالمدة أو بالتحريم ، ثبت النسب ، وانقضى الحد ، ووجب المهر ، وإن علم هو دونها فعلية الحد والمهر ، ولا نسب له ، وإن علمت هي دونه فعلية الحد ، ولا مهر لها ، والنسب لاحق به ، وإنما كان كذلك لأن هذا نكاح متفق على بطلانه ، فأشبهه نكاح ذوات محارمه .

الفصل الثاني

٦٣٤٥

وإذا خالع الرجل زوجته أو فسخ نكاحه ، فله أن يتزوجها في عدتها في قول جمهور الفقهاء . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والزهري ، والحسن ، وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يحل له نكاحها ولا خطبتها ، لأنها معتدة .

ولنا : أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ، ولا يمان ماؤه عن مائه ، إذا كانا من نكاح صحيح . فإذا تزوجها انقطعت العدة ، لأن المرأة نصير فراشاً له بعقده ، ولا يجوز أن تكون زوجة معتدة . فإن وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستأنفة ، ولا شيء عليها من الأولى ، لأنها قد انقطعت وارتفعت . وإن طلقها قبل أن يمسه فهل تستأنف العدة ، أو تبني على ما مضى ؟ قال القاضي : فيه روايتان . إحداهما :

تستأنف ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه طلاق لا يخلو من عدة ، فأوجب عدة مستأنفة كالأول . والثانية : لا يلزمها استئناف عدة ، وهو قول الشافعي ، ومحمد بن الحسن ، لأنه طلاق في نكاح قبل المسيس ، فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه : « ثُمَّ طَلَقْتُهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا » ^(١) .

وذكر القاضي في كتاب الروايتين : أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة . لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى ، لأن إسقاطها يفضي إلى اختلاط المياه ، لأنه يتزوج امرأة وبطؤها ، ويخلعها ، ثم يتزوجها ، ويطلقها في الحال ، ويتزوجها الثاني في يوم واحد . فإن خلعها حاملاً ، ثم تزوجها حاملاً ، ثم طلقها وهي حامل ، انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، ولا تنقض عدتها قبل وضعها بغير خلاف نعلمه . وإن وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني بغير خلاف أيضاً ، لأنه نكحها بعد انقضاء عدة الأول ، وإن وضعته بعد النكاح الثاني وقبل طلاقه ، فن قال يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء ، ومن قال لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها ههنا عدة ، لأن العدة الأولى انقضت بوضع الحمل ، إذ لا يجوز أن تعدد الحامل بغير وضعه . وإن كانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثاني بعد مضي قروء أو شهر ، ثم مضى قروءان أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني ، فقد انقضت العدة بالنكاح الثاني ، فإن قلنا : تستأنف العدة فعلها عدة نامة بثلاثة قروء ، أو ثلاثة أشهر . وإن قلنا : تبني أتمت العدة الأولى بقرأين أو شهرين .

فصل

٦٣٤٦

وإن طلقها طلاقاً رجبياً ثم ارتجمها في عدتها ، ووطئها ، ثم طلقها انقضت العدة الأولى برجمته لأنه زال حكم الطلاق ، وتستأنف عدة من الطلاق الثاني ، لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس . وإن طلقها قبل أن يمسه فهل تستأنف عدة ، أو تبني على العدة الأولى ؟ فيه روايتان : أولاها : أنها تستأنف ، لأن الرجعة أزالَت شعث الطلاق الأول ، وردتها إلى النكاح الأول ، فصار للطلاق الثاني طلاقاً من نكاح اتصل به المسيس .

والثانية تبني ، لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد . ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة ، فكذلك الرجعة ، فإن فسخ نكاحها قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق ، لأن موجب في العدة موجب الطلاق ، ولا فرق بينهما . واحتمل أن تستأنف العدة ،

لأنهما جنسان ، بخلاف الطلاق . وإن لم يرتجما بلفظه لكن وطئها في عدتها فهل تحصل بذلك رجعة أولاً ؟ فيه روايتان .

أحدهما : تحصل به الرجعة ، فيكون حكمها حكم من ارتجما بلفظه ، ثم وطئها سواء .

والثانية : لا تحصل الرجعة به ، ويلزمها استئناف عدة ، لأنه وطئ في نكاح تشمت ، فهو كوطء الشبهة . وتدخل بقية عدة الطلاق فيها ، لأنهما من رجل واحد . وإن حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية الأولى ؟ على وجهين .

أحدهما : تدخل ، لأنهما من رجل واحد .

والثاني : لا تدخل ، لأنهما من جنسين . فملى هذا إذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق . وإن وطئها وهي حامل ففي تدخل العدتين وجهان . فإن قلنا : يتداخلان فانهضاهما مآ بوضع الحمل . وإن قلنا : لا يتداخلان فانهضاء عدة العلق بوضع الحمل ، وتستأنف عدة الوطء بالقروء .

فصل

٦٣٤٧

فإن طلقها طلاقاً رجعياً فنسكت في عدتها من وطئها فقد ذكرنا أنها تنفى على عدة الأول ، ثم تستأنف عدة الثاني ، ولزوجها الأول رجعتها في بقية عدتها منه ، لأن الرجعة إمساك للزوجة ، وطريان الوطء من أجنبي على النكاح لا يمنع الزوج إمساك زوجته ، كما لو كانت في صلب النكاح . وقيل : ليس له رجعتها ، لأنها محرمة عليه ، فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة . والصحيح الأول ، فإن التحريم لا يمنع الرجعة كالإحرام . ويفارق الرد ، لأنها جارية إلى بينونة بمد الرجعة ، بخلاف العدة . وإذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها في عدة الثاني ، لأنها ليست منه ، وإذا ارتجما في عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالأشهر انقطعت عدته بالرجعة ، وابتدأت عدة من الثاني ، ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدة الثاني ، كما لو وطئت بشبهة في صلب نكاحه .

وإن كانت معتدة بالحمل لم يمكن شروعها في عدة الثاني قبل وضع الحمل ، لأنها بالقروء^(١) ، فإذا وضعت حملها شرعت في عدة الثاني ، وإن كان الحمل ملحاً بالثاني فإنها تمقده به عن الثاني^(٢) ، وتقدم عدة الثاني على الأول ، فإذا أكلت شرعت في إتمام عدة الأول ، وله حينئذ أن يرتجما ، لأنها في عدته . وإن أحب أن يرتجما في حال حملها فقيه وجهان . أحدهما : ليس له ذلك لأنها ليست في عدته ، وهي محرمة عليه . فأشبهت الأجنبية أو المرتدة . والثاني : لرجعتها ، لأن عدتها منه لم تنقض ، وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة .

(١) عل هامش ١٨ : لأن عدة الثاني بالقروء . من نسخة ثانية . . ويكاد يكون شرحاً لما هنا .

(٢) في ٣٩ : من الثاني .

٦٣٤٨

فصل

إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره فأت ولد لها فإن أحد قال : بمنزل امرأته حتى تمضي حيضة . وهذا يروى عن علي بن أبي طالب ، والحسن ابنه ، ونحوه عن عمر بن الخطاب ، وعن الحسن بن علي ، والصعب بن جثامة . وبه قال عطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، والنخعي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عبيدة قال عمر بن عبد العزيز : لا يقربها حتى ينظر بها حمل أم لا ، وإنا قالوا ذلك لأنها إن كانت حاملاً حين موته ورثه حملها ، وإن حدث الحمل بعد الموت لم يرثه ، فإن كان الميت ولد أو أب أو جد لم يحتاج إلى استبرائها ، لأن الحمل لا ميراث له ، وإن كانت حاملاً قد تبين حملها لم يحتاج إلى استبرائها ، لأن الحمل مملوم . وإن كانت آيسة لم يحتاج إلى استبرائها للإياس من حملها . وإن كانت ممن يمكن حملها ولم يكن بها حمل ، ولم بمنزلها زوجها ، فأت بولد قبل ستة أشهر ورث . وإن أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث ، لأننا لا نتيقن وجوده حال موته . هذا يروى عن سفيان ، وهو قياس قول للشافعي .

٦٣٤٩

فصل في أحكام المفقود

إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين :

أحدهما : أن تكون غيبة غير منقطعة ، بمرف خبره ، وبأى كتابه ، فهذا ليس لاسرائته أن تزوج في قول أهل العلم أجمعين ، إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله ، فلما أن تطلب فسخ النكاح ، فيفسخ نكاحه . وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنسكح حتى تعلم يقين وفاته . وهذا قول الفخمي ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، ومكحول ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وإن أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو رده . وبه قال الأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق . وقال الحسن : إباقة طلاقه .

ولنا : أنه ليس بمفقود فلم يفسخ نكاحه كالحر ، ومن تعذر الإنفاق من ماله على زوجته فحكمها في الفسخ حكم ما ذكرنا ، إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده ، أو في كسبه ، فيعتبر تعذر الإنفاق من محل الوجوب .

الحال الثاني : أن يفقد وينقطع خبره ، ولا يعلم له موضع ، فهذا ينقسم قسمين .

أحدهما : أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، كسفر التجارة في غير مهاسكه ، وإباق العبد ، وطلب العلم ، والسياسة ، فلا تزول الزوجية أيضاً ما لم يثبت موته . وروى ذلك عن علي ، وإليه ذهب ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي في الجديد : وروى ذلك عن أبي قلابة ، والنخعي ، وأبي عبيد .

وقال مالك ، والشافعي في القديم : تتربص أربع سنين ، وتعتمد للوفاة أربعة أشهر وعشرأ ، وتحمل للأزواج ، لأنه إذا جاز الفسخ لتمذر الوطاء بالعنة ، وتمذر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز ههنا لتمذر الجميع أولى . واحتجوا بحديث عمر في المفقود ، مع موافقة الصحابة له ، وتركهم إنكاره . ونقل أحمد بن أصرم ، عن أحمد : إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله . وهذا يقتضى أن زوجته تعتمد عدة الوفاة ، ثم تزوج . قال أصحابنا : إنما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته ، لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر ، فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته ، كما لو كان فقده بغيبة ظاهرها الهلاك .

والمذهب : الأول ، لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة ، فلم يحكم بموته كما قبل الأربع سنين ، أو كما قبل التسعين ، ولأن هذا التقدير بمنزلة توقيف ، وللتقدير لا ينبغي أن يصار إليه إلا بالتوقيف ، لأن تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته يفضي إلى اختلاف العدة في حق المرأة باختلاف عمر الزوج ، ولا نظير لهذا وخبر عمر ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك ، فلا يقاس عليه غيره .

القسم الثاني : أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك . كالذي يفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً ، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع ، أو يمضي إلى مكان قريب ليقضى حاجته ويرجع ، فلا يظهر له خبر ، أو يفقد بين الصنفين ، أو ينكسر بهم مركب فيفرق بعض رفقته ، أو يفقد في مهلكة كبرية الحجاز ونحوها ، فذهب أحمد الظاهر منه : أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ، ثم تعتمد للوفاة أربعة أشهر وعشرأ وتحمل^(١) للأزواج .

قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : تذهب إلى حديث عمر ؟ قال : هو أحسنها ، يروى عن عمر من ثمانية وجوه ، ثم قال : زعموا أن عمر رجع عن هذا . هؤلاء الكذابين ، قلت : فروى من وجه ضعيف : أن عمر قال بخلاف هذا ؟ قال : لا ، إلا أن يكون إنسان يكذب . وقلت له مرة : إن إنساناً قال لي : إن أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بمالك ، فضحك ثم قال : من ترك هذا القول أى شيء يقول ؟ وهذا قول عمر ، وعثمان ، وعلى ، وابن عباس ، وابن الزبير . قال أحمد : خمسة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . وبه قال عطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والزهرى ، وقتادة ، والليث ، وعلى بن المدبني ، وعبد العزيز بن أبي سلمة . وبه يقول مالك والشافعي في القديم ، إلا أن مالكاً قال : ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت . وقال سعيّد بن المسيّب في امرأة المفقود بين الصنفين : تتربص سنة ، لأن غلبة هلاكها أكثر من غلبة غيره لوجود سببه .

وقد نقل عن أحمد أنه قال : كنت أقول إذا تربصت أربع سنين ، ثم اعتدت أربعة أشهر وعشرأ

تزوجت ، وقد ارتبت فيها ، وهبت الجواب فيها ، لما اختلف الناس فيها ، فكأنى أحب السلامة . وهذا توقف بمحتمل الرجوع عما قاله ، وتربص أبداً ، ومحتمل التورع ، ويكون المذهب ما قاله أولاً .

قال القاضي : أكثر أصحابنا على أن للمذهب رواية واحدة . وعندى : أن المسألة على روايتين . وقال أبو بكر : الذى أقول به إن صح الاختلاف فى المسألة ألا يحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقال . وإن ثبت الإجماع فالحكم فيه على مانص عليه ، وظاهر المذهب على ما حكيناه أولاً . نقله عن أحمد الجماعة . وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع ، على ما حكيناه من رواية الأثرم .

وقال أبو قلابة ، والنخعي ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأصحاب الرأي والشافعي فى الجديد : لا تزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته ، أو فراقه ، لما روى^(١) للغيرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتى زوجها » . وروى الحكم ، وحاد ، عن علي : لا تزوج امرأة المفقود حتى يأتى موته أو طلاقه ، لأنه شك فى زوال الزوجية ، فلم تثبت به الفرقة كما لو كانت ظاهر غيبته السلامة .

ولنا : ما روى الأثرم والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال : « فقد رجل فى عهد عمر ، فجاءت امرأته إلى عمر ، فذكرت ذلك له ، فقال : انطلق فتربصى أربع سنين . ففعلت ثم أتته ، فقال : انطلق فاعتدى أربعة أشهر وعشراً . ففعلت ، ثم أتته فقال : أين ولئ هذا الرجل ؟ فقال : طلقها^(٢) ، ففعل ، فقال لها عمر : انطلق فتزوجى من شئت . فتزوجت ثم جاء زوجها الأول ، فقال عمر : أين كنت ؟ قال يأمر المؤمنين استموتنى الشياطين ، فوالله ما أدري فى أى أرض الله كنت . كنت عند قوم يستعبدوننى حتى اغتزلهم منهم قوم مسلمون ، فكنت فيما غنموه ، فقالوا لى : أنت رجل من الإنس ، هؤلاء من الجن ، فمالك ومالم ؟ فأخبرتهم خبرى ، فقالوا : بأى أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة هى أرضنا ، فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة . فغيره عمر إن شاء امرأته ، وإن شاء الصداق . فاختر الصداق وقال : قد حبلى ، لاحتاجة لى فيها » . قال أحمد : يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ، ولم يعرف فى الصحابة له مخالف .

وروى الجوزجاني وغيره بإسنادهم من على فى امرأة المفقود : تمتد أربع سنين ، ثم يطلقها ولئ زوجها ، تمتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً ، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته ، وقضى به عثمان أيضاً ، وقضى به ابن الزبير فى مولاة لهم . وهذه قضايا انتشرت فى الصحابة فلم تذكر ، فكانت إجماعاً .

(١) سيدي المؤلف رآه فيه فى نهاية هذا الفصل (ف)

(٢) فى ٣٩ : فقال لوليه طلقها .

فأما الحديث الذى روي عن النبي صلى الله عليه وسلم فلم يثبت ، ولم يذكره أصحاب السنن . وما روي عن علي فيرويه الحكم وحده مراسلا ، والمسند عنه مثل قولنا ، ثم يحمل ما روي عن المفقود الذى ظاهر غيبته السلامة ، جمعا بينه وبين ما روينا ، وقولهم : إنه شك في زوال الزوجية ممنوع ، فإن الشك ما تساوى فيه الأصران ، والظاهر في مسألتنا هلاكه .

فصل

٦٣٥٠

وهل يعتبر أن يطلقها ولى زوجها ، ثم تمتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان :

إحداها : يعتبر ذلك ، لأنه في حديث عمر الذى روينا ، وقد قال أحمد : هو أحسنها . وذكر في حديث علي : أنه يطلقها ولى زوجها .

والثانية : لا يعتبر ذلك ، كذلك قال ابن عمر ، وابن عباس ، وهو القياس ، فإن ولى الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته ، ولأننا حكمنا عليها بمدة الوفاة ، فلا تجب عليها مع ذلك عدة الطلاق ، كما لو تيقنت وفاته ، ولأنه قد وجد دليل هلاكه على وجه ألاح لها التزوج ، وأوجب عليها مدة الوفاة ، فأشبهه ما لو شهد به شاهدان .

فصل

٦٣٥١

وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة ، أو من حين ضرب الحاكم المدة ؟ على روايتين :

إحداها : يعتبر ابتداءها من حين ضربها الحاكم ، لأنها مدة مختلف فيها ، فافتقرت إلى ضرب الحاكم ، كمدة العنة .

والثاني : من حين انقطع خبره ، وبعد أثره ، لأن هذا ظاهر في موته ، فكان ابتداء المدة منه ، كما لو شهد به شاهدان . وللشافعي وجهان كالروايتين .

فصل

٦٣٥٢

فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهي امرأته . وقال بعض أصحاب الشافعي : إذا ضربت لها المدة فأنقضت بطل نكاح الأول ، والذي ذكرنا أولى ، لأننا إنما أبخنا لها التزوج لأن الظاهر موته ، فإذا بان حيا انحرم ذلك الظاهر ، وكان النكاح بحاله ، كما لو شهدت البينة بموته ، ثم بان حيا ، ولأنه أحد المالكين فأشبهه مالك المال . فأما إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا ، فإن كان قبل دخول الثاني بها فهي زوجة الأول ، ترد إليه ولا شيء ، قال أحمد : أما قبل الدخول فهي امرأته ، وإنما للتخيير بعد الدخول . وهذا قول الحسن ، وعطاء ، وخلاس بن عمرو ، والبخي ، وقتادة ، ومالك ، وإسحاق .

وقال القاضى : فيه رواية أخرى : أنه يخير . وأخذه من عموم قول أحمد : إذا تزوجت امرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته .

والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خاصة في رواية الأثرم ، وأنه لا يخير إلا بعد الدخول فتسكون زوجة الأول رواية واحدة ، لأن النكاح إنما صح في الظاهر دون الباطن ، فإذا قدم تبيناً أن النكاح كان باطلاً ، لأنه صادف امرأة ذات زوج ، فكان باطلاً كما لو شهدت ببنية بوته ، وليس عليه صداق ، لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ، ويعود الزوج بالعقد الأول ، كما لو لم تزوج . ولأن قدم بعد دخول الثانى بها خير الأول بين أخذها فتسكون زوجته بالعقد الأول ، وبين أخذ صداقها وتسكون زوجة للثانى . وهذا قول مالك ، لإجماع الصحابة عليه ، فروى معمر ، عن الزهري ، عن سميد بن المسيب : أن عمر وعثمان قالا : « إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة وبين الصداق الذى ساق هو » رواه الجوزجاني ، والأثرم . وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم : وقال على ، ذلك في الحديث الذى رويناه ، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً . فعلى هذا إن أمسكها الأول فهي زوجته بالعقد الأول ، والمنصوص عن أحمد . أنه لا يحتاج الثانى إلى طلاق ، لأن نكاحه كان باطلاً في الباطن ، وقال القاضى : قياس قوله أنه يحتاج إلى طلاق ، لأن هذا نكاح مختلف في صحته ، فكان مأموراً بالطلاق ليقطع حكم العقد الثانى ، كسائر الأنكحة الفاسدة . ويجب على الأول اعتزالها . حتى تقضى عدتها من الثانى .

وإن لم يخترها الأول فإنها تسكون مع الثانى ، ولم يذكروا لها عقداً جديداً . والصحيح أنه يجب أن يستأنف لها عقداً ، لأننا تبيننا بطلان عقده بجىء الأول ، ويحمل قول الصحابة على هذا ، لقيام الدليل عليه . فإن زوجة الإنسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها . وقال أبو الخطاب : القياس أننا إن حكمنا بالفرقة ظاهراً وباطناً فهي امرأة الثانى ، ولا خيار الأول ، لأنها بانته بفرقة الحاكم ، فأشبهه ماله فسخ نكاحها لمرته ، وإن لم نحكم بفرقة باطناً فهي امرأة الأول ولا خيار له .

فصل

٦٣٥٣

ومتى اختار الأول تركها فإنه يرجع على الثانى بصداقها ، لقضاء الصحابة بذلك ، ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها ، ودخوله بها . واختلف عن أحمد فيما يرجع به ، فروى عنه أنه يرجع بالصداق الذى أصدقها هو ، وهو اختيار أبى بكر ، وقول الحسن ، والزهري ، وقتادة ، وعلى بن المدينى ، لقضاء على وعثمان أنه يخير بينها وبين الصداق الذى ساق هو ، ولأنه أتلّف عليه المعوض فرجع بالمعوض كشهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة . فعلى هذا إن كان لم يدفع إليها الصداق لم يرجع بشيء ، وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع . ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق ، وترجع المرأة بما بقى عليه من صداقها . وعن

أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذي أصدقها الثاني ، لأن إتلاف البضع من جهته ، والرجوع عليه بقيمة ، والبضع لا يقوم إلا على زوج ، أو من جرى مجراه ، فيجب الرجوع عليه بالسمى الثاني دون الأول . وهل يرجع الزوج الثاني على الزوجة بما أخذ منه ؟ فيه روايتان . ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد .

إحداها : يرجع به ، لأنها غرامة لزم الزوج بسبب وطنه لها ، فرجع بها كالمغرور .

والثانية : لا يرجع بها ، وهو أظهر ، لأن الصحابة لم يقضوا بالرجوع ، فإن سميد بن المسيب روى أن عمر وعثمان « قضيا في المرأة التي لا تدرى ما مهلك زوجها : أن تبرص أربع سنين ، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها . أربعة أشهر وعشراً ، ثم تزوج إن بدا لها . فإن جاء زوجها خير إما امرأته وإما الصداق ، فإن اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر ، وثبتت عنده ، وإن اختار امرأته عزت عن زوجها الآخر حتى تنقضي عدتها . وإن قدم زوجها وقد توفى زوجها الآخر ورثت ، واعتدت عدة المتوفى عنها ، وترجع إلى الأول » رواه الجوزجاني . ولأن المرأة لا تغير منها ، فلم يرجع عليها بشيء كغيرها ، فإن قلنا : يرجع عليها ، فإن كان قد دفع إليها الصداق رجع به ، وإن كان لم يدفعه إليها دفعه إلى الأول ، ولم يرجع عليها بشيء . وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع . وإن قلنا : لا يرجع عليها وكان قد دفع إليها الصداق لم يرجع به ، وإن لم يسكن دفعه إليها لزمه دفعه ، ويدفع إلى الأول صداقاً آخر .

فصل

٦٣٥٤

وإن اختارت امرأة المفقود المقام والعسر حتى يتبين أمره فلها النفقة مادام حياً ، وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره ، لأنها محكوم لها بالزوجية ، فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته . فإذا تبين^(١) أنه مات أو فارقها فلها النفقة ، إلى يوم موته أو يمينوتها منه ، ويرجع عليها بالباقي ، لأنها تبيننا أنها أنفقت مال غيره ، أو أنفقت من ماله وهي غير زوجة له ، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم فضرب لها مدة فلها النفقة في مدة التبرص ، ومدة العدة ، لأن مدة التبرص لم يحكم فيها بيمينوتها من زوجها ، فهي محبوسة عليه بحكم الزوجية ، فأشبهه ما قبل المدة . وأما مدة العدة فلأنها غير متيقنة ، بخلاف عدة الوفاة ، فإن موته متيقن ، وما بعد العدة إن تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها ، لأنها أسقطتها بخروجه عن حكم نكاحه ، وإن لم تنزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفتها باقية ، لأنها لم تخرج بعد من نكاحه ، وإن قدم الزوج بعد ذلك وردت إليه عادت نفقتها من حين الرد .

وقد روى الأثرم والجوزجاني عن ابن عمر ، وابن عباس ، قالا : تفتظر امرأة المفقود أربع سنين .

(١) في ١٨ : فإذا تبين .

قال ابن عمر : « ينفق عليها من مال زوجها » . وقال ابن عباس : « إذا يحذف ذلك بالورثة ، ولسكنها تستدين ، فإن جاء زوجها أخذت من ماله ، وإن مات أخذت من نصيبها من الميراث » وقالوا : ينفق عليها بعد في المدة بعد الأربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشرًا . وإن قلنا : ليس لها أن تزوج لم تسقط نفقتها ما لم تزوج . فإن تزوجت سقطت نفقتها ، لأنها بالتزويج تخرج من يده ، وتصير ناشراً ، وإن فرق بينهما فلا نفقة لها مادامت في المدة ، فإذا انقضت فلم تعد إلى مسكن زوجها فلا نفقة لها أبصاً ، لأنها باقية على النشوز ، وإن عادت إلى مسكنه احتمل أن تعود النفقة ، لأن النشوز المسقط لنفقتها قد زال ، ويحتمل ألا تعود ، لأنها ما سلمت نفسها إليه ، وإن عاد فتسلمها عادت نفقتها . ومتى أنفق عليها ثم بان أن الزوج كان قد مات قبل ذلك حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته وإن لم ترث شيئاً فهو عليها ، لأنها أنفقت من مال الوارث مالا تستحقه .

فأما نفقتها على الزوج الثاني فإن قلنا ، لها أن تزوج فنكاحها صحيح ، حكمه في النفقة حكم غيره من الأنكحة الصحيحة . وإن قلنا : ليس لها أن تزوج فلا نفقة لها ، فإن أنفق عليها لم يرجع بشيء ، لأنه تطوع به ، إلا أن يجبره على ذلك حاكم ، فيحتمل أن يرجع بها ، لأنه ألزمه أداء ما لم يكن واجباً عليه ويحتمل ألا يرجع به ، لأن ما حكم به الحاكم لا يجوز نقضه ما لم يخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً ، فإن فارقها بتفريق الحاكم أو غيره فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً فينبغي وجوب النفقة على الروائتين في النفقة هل هي للحمل ، أو لها من أجله ؟ فإن قلنا : هي للحمل ، فلها النفقة ، لأن نسب الحمل لاحق به ، فيجب عليه الإنفاق على ولده . وإن قلنا : لها من أجله فلا نفقة لها ، لأنه في غير نكاح صحيح ، فأشبهه حمل الموطوءة بشبهة . وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثاني لحقه نسبه لأنها صارت فراشاً له ، وقد علمنا أن الولد ليس من الأول ، لأنها تربعت بعد فقده أكثر من مدة الحمل ، وتنقض عدتها من الثاني بوضعه لأن الولد منه ، وعليها أن ترضع اللبن لأن الولد لا يقوم بدنه إلا به . فإن ردت إلى الأول فله منه من إرضاعه ، كاله أن يمنعها من رضاع أجنبي ، لأن ذلك يشغلها عن حقوقه ، إلا أن يضطر إليها ، ويخشى عليه من التلف ، فليس له منعها من إرضاعه ، لأن هذا حال ضرورة ، فإن أرضعته في بيت الزوج الأول لم تسقط نفقتها ، لأنها في قبضته ويده ، وإن أرضعته في غير بيته بغير إذنه فلا نفقة لها ، لأنها ناشز . وإن كان بإذنه خرج على الروائتين فيما إذا سافرت لحاجتها بإذنه .

٦٣٥٥ (فصل في ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها)

متى مات زوجها الأول أو ماتت قبل تزوجها بالثاني ورثته وورثها ، وكذلك إن تزوجت الثاني فلم يدخل بها ، لأننا قد تبيننا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت إليه بغير تحيير .

وقد ذكرنا أن القاضى ذكر : أن فيها رواية أخرى : أنه يخير فيها ، فعلى هذه الرواية حكمه حكم ما لو دخل بها الثانى . فأما إن دخل الثانى بها نظرنا ، فإن قدم الأول فاخترها وردت إليه ورثها وورثته ، ولم ترث الثانى . ولم يرثها ، لأنه لازوجية بينهما . وإن مات أحدهما قبل اختيارها إما فى الغيبة أو بعد قدمه ، فإن قلنا : لها أن تنزوج ورثت الزوج الثانى وورثها ، ولم ترث الأول ولم يرثها ، لأن من خير بين شيئين فمقدر أحدهما تعين الآخر ، وإن ماتت قبل اختيار الأول خير^(١) ، فإن اختارها ورثها وإن لم يخترها ورثها الثانى ، وهذا ظاهر قول أصحابنا . وأما على ما أخفاه فإنها لا ترث الثانى ، ولا يرثها بحال ، إلا أن يحدد لها عقداً ، أو لا يعلم أن الأول كان حياً . ومتى علم أن الأول كان حياً ورثها وورثته إلا أن يختار تركها فتعين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها .

وعلى قول أبى الخطاب : إن حكمنا بوقوع الفقرة بتفريق الحاكم ظاهراً وباطناً ورثت الثانى وورثها ولم ترث الأول ، ولم يرثها ، فأما عدتها منهما فن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة ، وإن مات الثانى فى موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحد أنها تعتد عدة الوفاة فى النكاح الفاسد . فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته ، وهو اختيار أبى بكر .

وقال ابن حامد : لا عدة عليها لوفاته ، ولكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء ، فإن ماتا معاً اعتدت لكل واحد منهما ، وبدأت بعدة الأول ، فإذا أكلتها اعتدت للآخر . وإن مات الأول أولاً فكذلك وإن مات الثانى أولاً بدأت بعده ، فإذا مات الأول انقطعت عدة الثانى ، ثم ابتدأت عدة الأول ، فإذا أكلتها أتمت عدة الثانى ، وإن علم موت أحدهما وجعل وقت موت الآخر ، أو جعل موتهما ، فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت ، وتبدأ بعدة الأول ، لأنه أسبق وأولى ، وإن كانت حاملاً فبوضع الحمل تنقضى عدة الثانى ، لأن الولد منه ، ثم تبتدىء بعده بعدة الوفاة أو أربعة أشهر وعشراً .

فصل

٦٣٥٦

وإذا تزوجت امرأة المفقود فى وقت ليس لها أن تنزوج فيه مثل أن تنزوج قبل مضى المدة التى يباح لها التزوج بعدها : أو كانت غيبه زوجها ظاهراً السلامة ، أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل . وقال القاضى : إن تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه ، أو فارقها وانقضت عدتها ، ففى صحة نكاحها وجهان .

أحدهما : هو صحيح ، لأنها ليست فى نكاح ولا عدة ، فصح تزويجها كما لو علمت ذلك .

والثانى : لا يصح ، لأنها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه . وأصل هذا : من باع عيماً فى يده بمعتقها

لموروثه ، فبان موروثه ميتاً ، والعين مملوكة له بالإرث ، هل يصح البيع ، فيه وجهان . كذا همنا . ومذهب الشافعي مثل هذا .

ولنا : أنها تزوجت في مدة منعهما الشرع من النكاح فيها ، فلم يصح كالأول تزوجت المعلقة في عدتها ، أو المرتبة قبل زوال ربتها .

فصل

٦٣٥٧

ويقسم مال المفقود في الوقت الذي تؤمر زوجته بمدة الوفاة فيه ، وبهذا قال قتادة . وقال الشافعي ، ومالك ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر : لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته ، لأن الأصل البقاء ، فلا يزول عنه بالشك ، وإنما صرنا إلى إباحة التزويج لامرأته لإجماع الصحابة ، ولأن المرأة حاجة إلى النكاح ، وضرراً في الانتظار ، فاختص ذلك بها .

ولنا : أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله ، كن قامت البينة بموته ، وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه . وتأخير القسمة ضرر بالورثة ، وتعطيل لمفاتيح المال ، وربما تلف أو قلت قيمته ، فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج .

فصل

٦٣٥٨

وإن تصرف الزوج المفقود في زوجته بطلاق أو ظهار أو إيلاء أو قذف صح تصرفه ، لأن نكاحه باق ، ولهذا خير في أخذها ، وإنما حكمنا بإباحة تزويجها لأن الظاهر موته ، فلا يبطل في الباطن كالأول شهدت بموته بينة كاذبة .

فصل

٦٣٥٩

وإذا فقدت الأمة زوجها تربعت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام . وهذا اختصار أبي بكر . وقال القاضي : تربص نصف تربص الحرية . ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الأوزاعي والليث لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زواجها فسكانت الأمة فيه على النصف من الحرية كالمدة .

ولنا : أن الأربع سنين مضروبة لكونها مدة الحمل ، ومدة الحمل في الحرية والأمة سواء ، فاستويا في التربص لها كالقسمة الأشهر في حق من ارتفع حيضها لا تدري مارفعه ؟ والحمل نفسه ، وبهذا ينقض قيامهم . فأما العبد فإن كانت زوجته حرة فتربصها تربص الحرية تحت الحر ، وإن كانت أمة فهمي كالأمة تحت الحر ، لأن المدة معتبرة بالنساء دون الرجال ، وكذلك مدة التربص . وحكى عن الزهري ، ومالك : أنه يضرب له نصف أجل الحر ، والأولى ما قلناه ، لأنه تربص مشروع في حق المرأة لفرقة زوجها ، فأشبه المدة .

فصل

٦٣٦٠

فإن غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاة ، فاعتدت زوجته الوفاة أبيح لها أن تتزوج فإن عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود بخير زوجها بين أخذها وتركها ، وله الصداق ، وكذلك إن تظاهرت الأخبار بموته ، وقد روى الأثرم بإسناده عن أبي المليح عن شعبة : « أن زوجها صيفي بن فشيل نعى لها من قيذايل ، فتزوجت بعده ، ثم إن زوجها الأول قدم ، فأتيها عثمان وهو محصور ، فأشرف عليها فقال : كيف أقضى بينكم وأنا على هذا الحال ؟ فقالت : قد رضينا بقولك ، فقضى أن بخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فرجعنا . فلما قتل عثمان أتينا علياً بخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة ، فأخاف الصداق ، فأخذ مني ألفين ، ومن زوجي الآخر ألفين » .

فإن حصلت الفرقة بشهادة محصورة ، فما حصل من غرامة فعليهما ، لأنهما سبب في إيجابها . وإن شهدوا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجد من ماله أخذه ، وماتلف منه أو تضرع رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين ، لأنهما سبب الاستيلاء عليه ، وللمالك تضمين المثل ، لأنه أتلف ماله بغير إذنه .

فصل

٦٣٦١

وإذا نكح رجل امرأة نكاحاً متفقاً على بطلانه ، مثل أن ينكح ذات محرمه ، أو معتدة يعلم حالها وتحريمها ، فلا حكم لعقده ، والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لا توجب عدة ، وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة ، وإن وطئها اعتدت لوطئه بثلاثة قروء منذ وطئها ، سواء فارقها أو مات عنها ، كالوزني بها من غير عقد ، وإن نكحها نكاحاً مختلفاً فيه فهو فاسد ، فإن مات عنها فذقل جعفر بن محمد أن عليها عدة الوفاة ، وهذا اختيار أبي بكر .

وقال أبو عبد الله بن حامد : ليس عليها عدة الوفاة ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه نكاح لا يثبت الحل ، فأشبهه الباطل . فعلى هذا إن كان قبل الدخول فلا عدة عليها ، وإن كان بعده اعتدت بثلاثة قروء ووجه الأول أنه نكاح يلحق به النسب . وإن فارقها في الحياة بعد الإصابة اعتدت بعد فرقته بثلاثة قروء ، ولا اختلاف فيه . وإن كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بلا خلاف ، لأن المفارقة في الحياة في النكاح الصحيح لأعدة عليها بلا خلاف ، ففي الفاسد أولى . وإن كان بعد الخلوة قبل الإصابة فالمقصود عن أحمد أن عليها المدة ، لأنه جرى مجرى للنكاح الصحيح في حقوق النسب ، وكذلك في العدة . وقال الشافعي : لا عدة عليها لوجهين :

أحدهما : أنها خلوة في غير نكاح صحيح ، أشبهت التي نكحها باطل .

والثاني : أن الخلوة عنده في النكاح الصحيح لا توجب العدة ، ففي الفاسد أولى . وهذا مقتضى

قول ابن حامد .

٦٣٦٢

فصل في عدة المعتق بعضها

ومتى كانت معتدة بالحلل أو بالقروء فعدتها كمدة الحرية ، لأن عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية ، وعدة الأمة بالقروء قرءان ، فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءاً ثالثاً ، لأنه لا يتبعض ، وإن كانت معتدة بالشهور . إما للوفاة وإما للإياس أو الصغر ، فعدتها بالحساب من عدة حرة وأمة ، فإذا كان نصفها حرّاً فاعتدت للوفاة فعليها ثلاثة أشهر وثمان ليال ، لأن الليل يحسب مع النهار ، فيكون عليها ثلاثة أرباع ذلك ، وإن كانت معتدة بالشهور عن الطلاق وقلنا إن عدة الأمة شهر ونصف كانت عدة للمعتق نصفها شهرين وربما . وإن قلنا عدة الأمة شهران أو ثلاثة أشهر فعدة للمعتق بعضها كمدة الحرية سواء ، وأم الولد والمذبرة والمكاتب عدتهن كمدة الأمة سواء لأنهن إماء .

٦٣٦٣

مسألة

قال : (وأم الولد إذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة) .

هذا المشهور عن أحمد ، وهو قول ابن عمر ، وروى : ذلك عن عثمان ، وعائشة ، والحسن ، والشعبي والقاسم بن محمد ، وأبي قلابة ، ومكحول ، ومالك ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور . وروى عن أحمد : أنها تعتد عدة الوفاة ، أربعة أشهر وعشراً ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وأبي عياض ، وابن سيرين ، وسعيد بن جبير ، ومجاهد ، وخلاس بن عمرو ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهرى ، يزيد بن عبد الملك ، والأوزاعي ، وإسحاق . لما روى عن عمرو بن العاص أنه قال : « لا تنفسدوا علينا سنة نبيها صلى الله عليه وسلم ، عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر » . رواه أبو داود ، ولأنها حرة تعتد للوفاة ، فكانت عدتها أربعة أشهر وعشراً ، كالزوجة الحرة . وحكى أبو الخطاب رواية ثلاثة تعتد شهرين وخمسة أيام . ولم أجد هذه الرواية عن أحمد في الجامع ، ولا أظنها صحيحة عن أحمد . وروى ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وقتادة ، ولأنها حين الموت أمة فكانت عدتها عدة الأمة كالوفاة مات رجل عن زوجته الأمة فعتقت بعد موته وروى عن علي ، وابن مسعود ، وعطاء ، والنخعي ، والثوري وأصحاب الرأي : أن عدتها ثلاث حيض ، لأنها حرة تستبرأ ، فكان استبرأؤها بثلاث حيض كالحرّة المطلقة .

ولنا : أنه استبراء لزوال الملك عن الرقبة ، فكان حيضة في حق من تحيض كسائر استبراء المعتقات^(١) والملوك ، ولأنه استبراء لغير الزوجات والموطآت بشبهة فأشبهه ما ذكرناه . قال القاسم بن محمد : « سبحان الله ، يقول الله تعالى في كتابه (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً)^(٢) . ما هن

بأزواج . فأما حديث عمرو بن العاص فضعيف . قال المنذر : ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو ابن العاص .

وقال محمد بن موسى سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص ؟ فقال : لا يصح ، وقال الميموني : رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا ، ثم قال : أين سفة النبي صلى الله عليه وسلم في هذا ؟ وقال أربعة أشهر وعشر إنما هي عدة الحرة من النكاح ، وإنما هذه أمة خرجت من الرق إلى الحرية . ويلزم من قال بهذا أن يورثها . وليس لقول من قال : تعتد بثلاث حيض وجه ، وإنما تعتد بذلك المطلقة ، وليست هذه مطلقة ، ولا في معنى المطلقة . وأما قياسهم إياها على الزوجات فلا يصح ، فإن هذه ليست زوجة ولا في حكم الزوجة ، ولا مطلقة ولا في حكم المطلقة .

فصل في

٦٣٦٤

ولا يكفي في الاستبراء طهر واحد ، ولا بعض حيضة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب مالك : متى طمئت في الحيضة فقد تم استبراؤها ، وزعم أنه مذهب مالك ، وقال الشافعي في أحد قوليهِ : يكفي طهر واحد إذا كان كاملاً ، وهو أن يموت في حيضها ، فإذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت ، وتم استبراؤها ، وهكذا الخلاف في الاستبراء كله ، وبنوا هذا على أن القروء الأطهار ، وهذا رد قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » .

وقال رويغ بن ثابت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم خيبر : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يبطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه الأثرم . وهذا صريح ، فلا يعمل على ماخلفه ، ولأن الواجب الاستبراء^(١) ، والذي يدل على البراءة هو الحيض ، فإن الحمل لا تحيض . فأما الطهر فلا دلالة عليه^(٢) على البراءة فلا يجوز أن يعمل في الاستبراء على مالا دلالة عليه^(٣) دون ما يدل عليه . وبنوا قولهم^(٤) هذا على قولهم : إن القروء الأطهار بقاء للخلاف على الخلاف ، وليس ذلك بحجة ، ثم لم يمكنهم بقاء هذا على ذلك حتى خالفوه . فعملوا الطهر الذي طلقها فيه قرءاً ، ولم يعملوا الطهر الذي مات فيه سيد أم الولد قرءاً ، وخالفوا الحديث والمعنى .

فإن قالوا : إن بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل على البراءة ، قلنا . فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءاً عند أحد ، فإذا تقرر هذا فإن مات عنها وهي طاهر فإذا طهرت من الحيضة

(١) في المطبوعة : استبراء ، وما في ١٨ أوضح .

(٢) في ٢٩ : فلا دلالة فيه . (٣) في ٣٩ : على مالا دلالة عنه .

(٤) في ١٨ : وبناء قولهم .

المستقبلة حلت ، وإن كانت حائضاً لم تعد ببقية تلك الحيضة الثانية حلت ، لأن استبراء هذه بحيضة ، فلا بد من حيضة كاملة .

مسألة

٦٣٦٥

قال ﴿ وإن كانت آيساً فثلاثة أشهر ﴾ .

وهذا المشهور عن أحمد أيضاً . وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، والنخعي ، وأبي قلابة ، وأحد قولي الشافعي ، وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا : لا تستبرأ الحمل في أقل من ثلاثة أشهر ، فأعجبه قولهم ، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بشهر ، وهو قول ثان للشافعي ، لأن الشهر . فأنتم مقام القرء في حق الحرة ، والأمة المطلقة ، فكذلك في الاستبراء .

وذكر القاضي رواية ثالثة أنها تستبرأ بشهرين كمدة الأمة المطلقة ، ولم أر لذلك وجهاً ، ولو كان استبرأؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرأين ، ولم نعلم به قائلًا ، وقال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والضحاك ، والحكم ، في الأمة التي لا تحيض : تستبرأ بشهر ونصف ، ورواه حنبل عن أحمد ، فإنه قال : قال عطاء : إن كانت لا تحيض فخمس وأربعون ليلة ، قال عبيد : كذلك أذهب ، لأن مدة الأمة المطلقة الآيسة كذلك ، والمشهور عن أحمد الأول .

قال أحمد بن القاسم : قلت لأبي عبد الله : كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة ، وإنما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهراً ؟ فقال : إنما قلنا بثلاثة أشهر من أجل الحمل ، فإنه لا يتبين في أقل من ذلك ، فإن عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل ، فأخبروه أن الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر ، فأعجبه ذلك . ثم قال : ألا تسمع قول ابن مسعود : « إن النطفة تسكون نطفة أربعين يوماً ، ثم علقه أربعين يوماً ، ثم مضت بمد ذلك » .

قال أبو عبد الله : فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضفة ، وهي لحم ، فتبين^(١) حينئذ ، وقال لي : هذا معروف عند النساء . فأما شهر فلا معنى فيه ، ولا نعلم به قائلًا .

ووجه استبرائه بشهر : أن الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة ، ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات ، فكانت مدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر ، مكان ثلاثة قروء ، ومدة الأمة شهرين مكان قرأين ، وللأمة المستبرأة ، التي ارتفع حيضها عشرة أشهر ، تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة ، فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهر ، كما في حق من ارتفع حيضها ، فإن قيل : فقد وجدتم ما دل على البراءة ، وهو تربص تسعة أشهر . قلنا : وهما ما يدل على البراءة ، وهو الإياس فاستويا .

فصل

٦٣٦٦

قال : (وإن ارتفع حيضها لا تدرى مآرقه اعتدت بقسمة أشهر للحمل ، وشهر مكان الحيضة) .
وفي هذه المسألة أيضاً روايتان :
إحداهما : أنها تستبرأ بعشرة أشهر .

والثانية : بسبعة ، تسعة أشهر للحمل ، لأنها غالب مدته ، وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تستبرأ بها الآيات . وقد ذكرنا الروايتين في الآيسة ، وذكرنا أن المختار عن أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر ، وهما حمل مكان الحيضة شهراً لأن اعتبار تكرارها في الآيسة لقلم برأتها من الحمل ، وقد علم برأتها منه همنا يمضى غالب مدته ، فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس .

فصل

٦٣٦٧

وإن علمت مآرق الحيض لم تزل في الاستبراء حتى يعود الحيض ، فتستبرئ بنفسها بحيضة ، إلا أن نصير آيسة فتستبرئ بنفسها استبراء الآيات ، وإن ارتابت بنفسها فهي كالحرمة المستريبة ، وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هذا الباب ، والله تعالى أعلم .

مسألة

٦٣٦٨

قال : (وإن كانت حاملاً حتى تضع) .

وهذه بحمد الله لا خلاف فيها ، فإن الله تعالى قال : « وأولاتُ الأحمالِ أجلمنَّ أن يَضْمَنَّ حملهنَّ » ^(١) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ حامل حتى تضع » ، ولأن عدة الحرة والأمة والتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حاملاً بوضع حملها ، وذلك لأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل ، وهذا يحصل بوضعه ، ومتى كانت حاملاً باثنين أو أكثر فلا ينقض استبراؤها حتى تضع آخر حملها ، على ما ذكرنا في المقدمة .

فصل

٦٣٦٩

وإذا زوج أم ولده ثم ماتت عتقت ، ولم يلزمها استبراء لأنها محرمة على المولى ، وليست له فراشاً ، وإنما هي فراش للزوج ، فلم يلزمها الاستبراء من ليست له فراشاً ، ولأنه لم يزوجها حتى استبرأها فإنه لا يحل له تزويجها قبل استبرائها ، فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضاً ، وإن طلقها بعد

الميس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فعليها عدة حرة كاملة ، لأنها قد صارت حرة في حال^(١) وجوب العدة عليها ، وإن مات سيدها وهي في عدة الزوج عتقت ، ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه . ولأنه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد إذا باعها ثم مات ، وتبنى على عدة أمة ، إن كان طلاقها بائناً ، أو كانت متوفى عنها ، وإن كانت رجعية بنت على عدة حرة على مامضى .

وإن بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق ، أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول ، فقضت عدته ثم مات سيدها فعليها الاستبراء ، لأنها عادت إلى فراشه ، وقال أبو بكر : لا يلزمها استبراء إلا أن يردّها السيد إلى نفسه ، لأن فراشه قد زال بتزويجها ، ولم يتجدد لها ما يردّها إليه ، فأشبهت الأمة غير الموطوءة .

فصل

٦٣٧٠

فإن مات زوجها وسيدها ولم تعلم أيهما مات أولاً ، فعلى قول أبي بكر ليس عليها استبراء ، لأن فراش سيدها قد زال عنها ، ولم تعد إليه ، وعليها أن تعتد لوفاة زوجها عدة الحرائر ، ولأنه يحتمل أن سيدها مات أولاً ، ثم مات زوجها وهي حرة ، فلزمها عدة الحرة لتخرج من العدة بيقين ، وعلى القول الآخر إن كان بين موتها شهران وخمسة أيام فما دون فليس عليها استبراء ، لأن للسيد إن كان مات أولاً فقد مات وهي زوجته ، وإن كان مات آخراً فقد مات وهي معتدة ، وليس عليها استبراء في هاتين الحالتين ، وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة الحرة لما ذكرناه ، وإن كان بين موتها أكثر من ذلك فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الأجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحیضة لأنه يحتمل أن يسكون السيد مات أولاً ، فيسكون عليها عدة الحرة من الوفاة ، ويحتمل أنه مات آخراً بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها إلى فراشه ، فلزمها الاستبراء بحیضة ، فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين .

قال ابن عبد البر : وعلى هذا جميع الفائلين من العلماء بأن عدة الأمة من سيدها بحیضة ، ومن زوجها شهران وخمس ليال ، فإن جهل ما بين موتها فالحكم فيه كما لو علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال احتياطاً لإسقاط الفرض بيقين ، كما أخذنا بالاحتياط في الإيجاب بين عدة حرة وحيضة فيما إذا علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال ، وقول أصحاب الشافعي في هذا القول مثل قولنا . وكذلك قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أنهم جعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم في استبراء أم الولد .

وقال ابن المنذر : حكمها حكم الإماء ، وعليها شهران وخمسة أيام ، ولا أنقلها إلى حكم الحرائر إلا بإحاطة

أن الزوج مات بعد المولى ، وقيل : إن هذا قول أبي بكر عبد العزيز أيضاً ، والذي ذكرناه أحوط .
فأما الميراث فإنها لا ترث من زوجها شيئاً لأن الأصل الرق ، والحرية مشكوك فيها ، فلم ترث مع
الشك . والفرق بين الإرث والعدة : أن إيجاب العدة عليها استظهار لاضرر فيه على غيرها ، وإيجاب
الإرث إسقاط لحق غيرها ، ولأن الأصل تحريم النكاح عليها فلا يزول إلا بيقين ، والأصل عدم
الميراث لها فلا ترث إلا بيقين . فإن قيل : أفليس المفقود إذا ماتت زوجته وقف ميراثه منها مع الشك
في إرثه ؟ قلنا : الفرق بينهما : أن الأصل ههنا الرق والشك في زواله وحدوث الحال التي يرث فيها ،
والمفقود الأصل حياته والشك في موته وخروجه عن كونه وإرثنا ، فافترقا .

مسألة

٦٣٧١

قال : (وإن أعتق أم ولده أو أمة كان بصيها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ، وكذلك إن
أراد أن يزوجها وهي في ملكه استبرأها بحيضة ثم زوجها) .

لا يختلف المذهب في أن الاستبراء ههنا بحيضة في ذات القروء ، وهو قول الشافعي ، وهو قول
الزهرى ، والثوري ، فيمن أراد تزويج أمة كان بصيها . وقال أصحاب الرأي : ليس عليها استبراء ،
لأن له بيها ، فكان له تزويجها كالتي لا بصيها وقال عطاء ، وقتادة : عدتها حيضتان كعدة
الأمة المطلقة .

ولنا : أنها فراش لسيدها ، فلم يحز أن تنقل إلى فراش غيره بغير استبراء ، كالمات عنها ، ولأن
هذه موطوءة وطئاً له حرمة ، فلم يحز أن تزوج قبل الاستبراء كالوطوءة بشبهة . وهذا لأنه إذا وطئها
سيدها اليوم ، ثم زوجها فوطئها الزوج في آخر اليوم ، أفضى إلى اختلاط المياه ، وامتزاج الأنساب ،
وهذا لا يحل . ويخالف البيهقي ، فإنها لا تصير به فراشاً ، ولا يحل لشريها وطؤها حتى يستبرئها ، فلا يفضى
إلى اختلاط المياه . ولهذا يصح في الممتدة والمزوجة بخلاف التزويج .

فصل

٦٣٧٢

فإن لم تسكن من ذوات القروء فاستبرأوا بما ذكرنا في أم الولد على ما شرحنا . ومفهوم كلام
الحرق أنها إذا كانت أمة لا بطؤها سيدها : لم يلزمها استبراء ، لأنها ليست فراشاً لسيدها ، فلم يلزمها
الاستبراء كالزوجة والمعتدة ، ولأن تركها للاستبراء لا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج المياه امتزاج
الأنساب ، بخلاف الموطوءة .

فصل

٦٣٧٣

وإن مات عن أمة كان بصيها فاستبرأوا بما ذكرنا في أم الولد لأنها فراش لسيدها ، فأشبهت

أم الولد إلا أنها إذا كانت من ذوات القروء فاستبرأؤها بحیضة واحدة ، رواية واحدة ، لأنها لا تصير حرة .

٦٣٧٤

فصل

وإن أعتق أم ولده أو أمتة التي كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له إصابتها فله أن يتزوجها في الحال من غير استبراء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ^(١) « أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها » .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم ^(٢) : « ثلاثة يوفون أجرهم مرتين : رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها ، وعلمها فأحسن تعليمها ، ثم أعتقها وتزوجها » . ولم يذكر الاستبراء ، ولأن الاستبراء لصيانة مائه ، وحفظه عن الاختلاط بما غيره ، ولا يبان ماؤه عن مائه ، ولهذا كان له أن يتزوج محتلمته في عتقها .

وقد روى عن أحمد في الأمة التي لا يطؤها إذا أعتقها : لا يتزوجها بغير استبراء ، لأنه لو باعها لم تحل للمشتري بغير استبراء . والصحيح أنه يحل له ذلك ، لأنه يحل له وطؤها بملك الميم ، فكذلك بالنكاح ، كالتى كان يصيبها ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها ، ولم ينقل أنه كان أصابها . والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهرها ، لدخولها في العموم . ولأنها تحل لمن تزوجها سواء ، فله أولى . ولأنه لو استبرأها ثم أعتقها وتزوجها في الحال كان جائزاً حسناً ، فكذلك هذه ، فإنه تارك لوطئها ، ولأن وجوب الاستبراء في حق غيره إنما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ، ولا يوجد ذلك ههنا ، وكلام أحمد محمول على من اشتراها ثم تزوجها قبل أن يستبرئها .

٦٣٧٥

فصل

وإن اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يحز أن يتزوجها حتى يستبرئها . وبهذا قال الشافعي . وقال أصحاب الرأي له ذلك . ويحكى أن الرشيد اشترى جارية فتأقت نفسه إلى جماعها قبل استبرائها ، فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها . قال أبو عبد الله : وبلغنى أن المهدي اشترى جارية فأعجبته فقبل له : أعتقها وتزوجها . قال أبو عبد الله : سبحان الله ما أعظم هذا : أبطلوا الكتاب والسنة ، جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل ، فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلا تعتد من أجل الحمل ، وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم استبراء الأمة بحیضة من أجل الحمل ، ففرج يوطأ يشتره ثم

(١) أخرجه البخارى عن أنس (ف) .

(٢) عن أبى موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين . رجل من أهل الكتاب آمن بنبيه وأدرك النبي ﷺ فأمن به واتبعه وصدقه فله أجران . وعبد مملوك أدى حق الله وحق سيده فله أجران . ورجل كانت له أمة فغذاها فأحسن غذاها ثم أدبها فأحسن تأديبها وعلمها فأحسن تعليمها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران » أخرجه الشيخان وأحمد والترمذى والنسائى وابن ماجه (ف) .

بعتها على المصان فبتزوجها فبطؤها ، بطؤها رجل اليوم ، ويطؤها الآخر غداً ، فإن كانت حاملاً كيف يصنع ؟ هذا نقض الكتاب والسنة . قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ الحامل حتى تضع ، ولا غير الحامل حتى تحيض » . وهذا لا يدري أم لا ؟ ما أسمع هذا ؟ قيل له : إن قوماً يقولون هذا . فقال : قبح الله هذا ، وقبح من يقوله . وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الأحاديث كفاية ، مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل .

إذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها إذا لم يعتقها لأنها ممن يجب استبراؤها ، فلم يجوز أن يتزوج كالمعتدة وسواء في ذلك المشتراة من رجل بطؤها أو من رجل قد استبرأها ولم يطأها أو ممن لا يمكنه الوطء كالصبي والمرأة والمحبوب . وقال الشافعي : إذا اشتراها ممن لا يطؤها فله تزويجها سواء أعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها إذا أعتقها لأنها ليست فراشاً وقد كان لسيدها تزويجها قبل بيعها فجاز ذلك بعد بيعها . ولأنها لو عتقت على البائع بإعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحها فكذلك إذا أعتقها المشتري .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولأنها أمة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها ، فحرم عليه تزويجها ، والتزوج بها ، كما لو كان بائناً بطؤها . فأما إن أعتقها في هذه الصورة فله تزويجها لغيره ، لأنها حرة لم تسكن فراشاً ، فأبيع لها النكاح كما لو أعتقها البائع ، وفارق الموطوءة ، فإنها فراش يجب عليها استبراء نفسها إذا عتقت ، فحرم عليها النكاح كالمعتدة . وفارق ما إذا أراد سيدها نكاحها فإنه لم يكن له وطؤها بملك الميمن ، فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة ، ولأن هذا يتخذ حيلة على إبطال الاستبراء ، فنفى عنه بخلاف تزويجها لغيره .

فصل

٦٣٧٦

وإذا كانت أمة بطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء ، لأنها خرجت عن كونها فراشاً باستبرائها لها ، وإن باعها فأعتقها المشتري قبل وطئها لم تحتج إلى استبراء لذلك ، وإن باعها قبل استبرائها فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرأها فعليها استبراء نفسها ، وإن مضى بمض الاستبراء في ملك المشتري لزمه إتمامه بعد عتقها ، ولا ينقطع بانتقال الملك فيها ، لأنها لم تصر فراشاً للمشتري ، ولم يلزمها استبراء بإعتاقه .

فصل

٦٣٧٧

وإذا كانت الأمة بين شريكين فوطئها لزمها استبراء . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : يلزمها استبراء واحد ، لأن القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة ، وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد .

ولنا : أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلتا كالعديتين ، ولأنهما استبراءان من رجلين ، فأشبهتا العديتين . وماذا كروه يبطل بالعديتين من رجلين .

مسألة

٢٣٧٨

قال : (ومن ملك أمة لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة إن كانت ممن تحيض ، أو بوضع الحمل إن كانت حاملا ، أو بمضي ثلاثة أشهر إن كانت من الآيسات ، أو من اللاتي لم يحضن) .

وجملته : أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها ، بكراً كانت أو نيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ممن تحمل أو ممن لا تحمل . وبهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، وأكثر أهل العلم منهم مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال ابن عمر : لا يجب استبراء البكر ، وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل ، وهذا معلوم في البكر ، فلا حاجة إلى الاستبراء . وقال الليث : إن كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبرائها لذلك وقال عثمان البتي : يجب الاستبراء على البائع دون المشتري ، لأنه لو زوجها لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج ، كذلك همنا .

ولنا : ما روى أبو سعيد : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير حامل حتى تحيض » رواه أحمد في المسند . وعن ربيعة بن ثابت قال : « إنني لا أقول إلا ما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم [سمعه] يقول : لا يحل لاسرى يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة » . رواه أبو داود ، وفي لفظ قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر يقول : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماؤه زرع غيره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه الأثرم ، ولأنه ملك جارية محرمة فلم يحل له قبل استبرائها كالنبيب التي تحمل ، ولأنه سبب موجب للاستبراء ، فلم يفترق الحال فيه بين البكر والنبيب والتي تحمل ، والتي لا تحمل ، كالعدة قال أبو عبد الله قد باغنى أن العذراء تحمل ، فقال له بعض أهل المجلس : نعم ، قد كان في جيراننا ، وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعي .

وماذا كروه يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبي ، أو ممن تحرم عليه برضاع أو غيره ، وماذا كره البتي لا يصح ، لأن الملك قد يكون بالسبي والإرث والوصية ، فلو لم يستبرئها المشتري أفضى إلى اختلاط المياه ، واشتباه الأسباب ، والفرق بين البيع والتزويج أن النكاح لا يراد إلا للاستمتاع ، فلا يجوز إلا فيمن تحل له ، فوجب أن يتقدمه الاستبراء ، ولهذا لا يصح تزويج معتدة ، ولا مرتدة ، ولا مجوسية ،

ولا وثنية ، ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة ، والبيع يراد لغير ذلك ، فصح قبل الاستبراء ، ولهذا صح في هذه الحرمات ، ووجب الاستبراء على المشتري لما ذكرناه .

فأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فظاهر كلام الخرقى تحريم قبالتها ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها ، وهو ظاهر كلام أحمد ، وفي أكثر الروايات عنه ، قال : تستبرأ وإن كانت في المهد . وروى عنه أنه قال : إن كانت صغيرة بأي شيء تستبرأ إذا كانت رضيعة ؟ وقال في رواية أخرى تستبرأ بحبضة إذا كانت من تحيض ، وإلا [فـ] بثلاثة أشهر إن كانت من توطأ وتحبل ، فظاهر هذا أنه لا يجب استبرؤها ، ولا تحرم مباشرتها .

وهذا اختيار ابن أبي موسى ، وقول مالك ، وهو الصحيح ، لأن سبب الإباحة متحقق ، وليس على تحريمها دليل ، فإنه لا نص فيه ، ولا معنى نص ، لأن تحريم مباشرة الكبيرة إنما كان لكونه داعياً إلى الوطء المحرم ، أو خشية أن تكون أم ولد لغيره ، ولا يقوم هذا في هذه ، فوجب العمل بمقتضى الإباحة . فأما من يمكن وطؤها فلا تحل قبالتها ، ولا الاستمتاع منها بما دون الفرج قبل الاستبراء ، إلا المسبية على إحدى الروايتين . وقال الحسن : لا يحرم من المشتراة إلا فرجها . وله أن يستمتع منها بما شاء ما لم يمس ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نهى عن الوطء ، ولأنه تحريم للوطء مع ثبوت الملك ، فاختص بالفرج كالحبض .

ولنا : أنه استبراء يحرم الوطء ، فحرم الاستمتاع كالمدة ، ولأنه لا يأمن من كونها حاملاً من بانها فتكون أم ولد ، والبيع باطلاً : فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره . وبهذا فارق تحريم الوطء للحبض .

فأما المسبية فظاهر كلام الخرقى تحريم مباشرتها بما دون الفرج لشهوة ، وهو الظاهر عن أحمد ، لأن كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه كالمدة ، ولأنه داعية إلى الوطء المحرم ، لأجل اختلاط المياه واشتباها الأنساب . فأشبهت المبيعة . وروى عن أحمد أنه لا يحرم ، لما روى عن ابن عمر أنه قال : « وقع في سهمي يوم جلولاء جارية كأن عنقها إبريق فضة ، فما ملكت نفسي أن قت إليها فقبلتها ، والناس ينظرون » . ولأنه لا نص في المسبية ، ولا يصح قياسها على المبيعة ، لأنها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره ، ومباشراً لمملوكة غيره ، والمسبية مملوكة له على كل حال ، وإنما حرم وطؤها لئلا يسقى ماؤه زرع غيره . وقول الخرقى بعد تمام ملكه لها يعني أن الاستبراء لا يكون إلا بعد ملك المشتري لجميعها ، ولو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها ، وإن ملكها ببيع فيه الخيار انبنى على نقل الملك في مدته فإن ، قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع ، وإن قلنا لا ينتقل فابتدأه من حين انقطع الخيار ، وإن كان المبيع معيباً فابتداء الخيار من حين البيع

لأن العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف ، وهل يبتدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض ، أو من حين القبض ؟ فيه وجهان :

أحدهما : من حين البيع ، لأن الملك ينتقل به .

والثاني : من حين القبض ، لأن القصد معرفة براءتها من ماء البائع ، ولا يحصل ذلك مع كونها في يده ، وإن اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم صارت إلى السيد حلت له بغير استبراء ، لأن ملكه ثابت على مافي يد عبده فقد حصل استبراؤها في ملكه ، وإن اشترى مكاتبه أمة فاستبرأها ثم صارت إلى سيده فعليه استبراؤها لأن ملكه تجدد عليها إذ ليس للسيد ملك على مافي يد مكاتبه ، إلا أن تكون الجارية من ذوات محارم المكاتب ، فقال أصحابنا : تباع للسيد بغير استبراء . لأنه يصير حكمها حكم المكاتب إن رق رقت ، وإن عتق عتقت ، والمكاتب عبد مابق عليه درهم ، والاستبراء الواجب ههنا في حق الحامل بوضعه بلا خلاف ، وفي ذات القروء بحيضة في قول أكثر أهل العلم ، وقال سعيد بن المسيب ، وعطاء : بحيضتين ، وهو مخالف للحديث الذي رويناه وللمعنى ، فإن المقصود معرفة براءتها من الحمل ، وهو حاصل بحيضة ، وفي الآيسة والتي لم تحض والتي ارتفع حيضها بما ذكرناه في أم الولد على ماضى من الخلاف فيه .

فصل

٦٣٧٩

ومن ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له حتى يستبرئها أو تتم مابق من استبرائها لما مضى ، وإن استبرأها ثم أسلمت حلت له بغير استبرائها ، وقال الشافعي : لا تحل له حتى تجدد استبرائها بعد إسلامها ، لأن ملكه تجدد على استماعتها فأشبهت من تجدد ملكه على رقبته .

ولنا : قوله عليه السلام : « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » وهذا ورد في سبأيا أو طاس وكن مشركات ولم بأسر في حقهن بأكثر من حيضة ، ولأنه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصحابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرمة ، ولأن الاستبراء إنما وجب كيلا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب ، ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبته ولم يوجد ، ولو باع أمته ثم ردت عليه بفسخ أو إقالة بعد قبضها أو افتراقهما ، لزمه استبراؤها ، لأنه تجديد ملك ، سواء كان المشتري لها امرأة أو غيرها ، فإن كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشتري بالجارية ففيها روايتان :

إحدهما : عليه الاستبراء ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه تجديد ملك .

والثانية : ليس عليه استبراء ، وهو قول أبي حنيفة إذا تقايلا قبل القبض ، لأنه لا فائدة في الاستبراء

مع تعين البراءة .

فصل

٦٣٨٠

وإذا زوج الرجل أمة فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراءها ، ولكن إن طلق بعد الدخول أو مات عنها فعليها العدة ، ولو ارتدت أمة أو كانت أمة أسلمت المرتدة ومجرت المسكينة حلت لسيدها بغير استبراء . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يجب عليه الاستبراء في هذا كله لأنه زال ملكه عن استمقاعها ثم عاد فأشبهت المشتراة .

ولنا : أنه لم يتعدد ملكه عليها ، فأشبهت المحرمة إذا حلت ، والمهرونة إذا فككت ، فإنه لا خلاف في حلها بغير استبراء ، ولأن الاستبراء شرع لمعنى مظنة تجدد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى .

فصل

٦٣٨١

وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لم تبح بغير استبراء ، نص عليه أحمد ، وقال : هذه حيلة وضعها أهل الرأي ، لا بد من استبراء .

ووجه ذلك أن هذه تجدد الملك فيها ، ولم يحصل استبراءها في ملكه ، فلم تحل بغير استبراء ، كما لو لم تكن مزوجة ، ولأن إسقاط الاستبراء بهذا ذريعة إلى إسقاطه في حق من أراد إسقاطه بأن يزوجها عند بيعها ، ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام .

فأما إن كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ، ولا يلزم المشتري استبراءها ، لأن ذلك قد حصل بالعدة ، ولأنها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء ، ولأنها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشا له فأجزأ ذلك كما لو كانت استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج .

وإن اشتراها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليها استبراء ، لأنها لم تكن فراشا لسيدها . وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء . وقال أبو الخطاب في المزوجة هل يدخل الاستبراء في العدة ؟ على وجهين .

وقال للقاضي المعتدة يلزم السيد استبراءها بعد قضاء للعدة ، ولا يتداخلان ، لأنها من رجلين ، ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا ، لأنه علل فيما قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأي ، ولا يوجد ذلك ههنا . ولا يصح قولهم إن الاستبراء من رجلين فإن السيد ههنا ليس له استبراء .

فصل

٦٣٨٢

وإن كانت الأمة لرجلين فوطئها ثم باعها لرجل أجزأه استبراء واحد ، لأنه يحصل به معرفة البراءة فإن قيل : فلو أعتقها لألزمتموها استبراين . قلنا : وجوب الاستبراء في حق المعتقة مطلقا ،

ولذلك لو اعتقها وهى ممن لا يوطؤها لم يلزمها استبراء ، وقد وجد الوطء من اثنين ، فلزمها حكم وطئها ، وفى مسائلنا هو معمل بتجديد الملك لاغير ، ولهذا يجب على المشتري الاستبراء ، سواء كان سيدها يوطؤها أو لم يكن ، والملك واحد ، فوجب أن يتجدد الاستبراء .

فصل

٦٣٨٣

وإذا اشترى الرجل زوجته الأمة لم يلزمه استبراؤها لأنها فراش له ، فلم يلزمه استبراؤها من مائه ، لكن يستحب ذلك ، ليعلم هل الولد من الفساح فيكون عليه ولأهله ، لأنه عتق بملكه له ، ولا نصير به الأمة أم ولد ، أو هو حادث فى ملك يمينه ، فلا يكون عليه ولأهله ، ونصير به الأمة أم ولد ، ومتى تبين حملها فله وطؤها ، لأنه قد علم الحمل وزال الاشتباه .

فصل

٦٣٨٤

وإن وطئ الجارية التى يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم والاستبراء باق بحاله ، لأنه حق عليه ، فلا يسقط بعدوانه . فإن لم تعلق منه استبرائها بما كان يستبرئها به قبل الوطء وتبنى على ماضى من الاستبراء ، وإن علقته منه فتنى وضعت حملها استبرائها بحیضة ، ولا يحل له الاستمتاع منها^(١) فى حال حملها ، لأنه لم يستبرئها وإن وطئها وهى حامل حملا كان موجوداً حين البيع من غير اللبائع ، فتى وضعت حملها انقضت استبراؤها^(٢) . قال أحمد : ولا يلحق بالمشتري ، ولا يتبعه ، ولكن يعتقه ، لأنه قد شرك فيه ، لأن الماء يزيد فى الولد^(٣) .

وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي اندرءاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بأمرأة محجج^(٤) على باب فسطاط فقال : « لعله يريد أن يلم بها » فقالوا نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لقد هممت أن ألعنه لعنك الله يدخل معه قبره كيف يؤرثه وهو لا يحل له ، أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له^(٥) » ؟ ومعناه أنه إن استلمه وشركه فى ميراثه لم يحل له ، لأنه ليس بولده وإن اتخذه مملوكا لم يحل له لأنه قد شرك فيه ، لسكون الوطء يزيد فى الولد ، وعن ابن عباس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن وطء الحبالى حتى يضمن مافى بطونهن » رواه النسائى والترمذى .

(١) فى ٣٩ : بها . (٢) فى ١٨ : حصل استبراؤها .

(٣) ثبت أن الجنين يتكون من تآلف نصف الخلية الذكرية ، ونصف خلية الانثى ، وأن غذاءه من دم الام ، فلا دخل للماء فيه . أما حديث : « فلا يسقى ماءه زرع غيره » . فعلى المجاز .

(٤) هى المرأة الحبل التى قد قاربت الولادة .

(٥) فى رواية أبي داود الطيالسى ، وكيف يسترقه وهو لا يحل له .

٦٣٨٥

فصل

ومن أراد بيع أمته فإن كان لا يوطؤها لم يلزمه استبرائها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشتري وأقطع للنزاع . قال أحمد وإن كانت لامرأة فإني أحب ألا تنبئها حتى تستبرئها بحبضة فهو أحوط لها ، وإن كان يوطؤها وكانت آيسه فليس عليه استبرائها لأن انتفاء الحمل معلوم ، وإن كانت ممن تحمل وجب عليه استبرائها وبه قال النخعي والثوري . وعن أحمد رواية أخرى : لا يجب عليه استبرؤها وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي . لأن عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يوطؤها قبل استبرائها . ولأن الاستبراء على المشتري ، فلا يجب على البائع ، فإن الاستبراء في حق الحرة أكد ، ولا يجب قبل الفسكاح ، وبعده كذلك لا يجب في الأمة قبل البيع وبعده .

ولنا : أن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يوطؤها قبل استبرائها ، فروى عبد الله بن عبيد بن عمير قال : باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها^(١) قبل أن يستبرئها فظفر بها حمل عند الذي اشتراها فحاصموه إلى عمر فقال له عمر كفت تقع عليها ؟ قال نعم ، قال فبعتها قبل أن تستبرئها ؟ قال نعم ، قال ما كنت لذلك بخليق قال فدعا القافة فنظروا إليه فألقوه به . ولأنه يجب على المشتري الاستبراء لحفظ مائة فكذلك للبائع ولأنه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمال ، فإن خالف وباع فالبيع صحيح في الظاهر ، لأن الأصل عدم الحمل ، ولأن عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفساد البيع في الأمة التي باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به ، ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج إلى ذلك ، وذكر أصحابنا الروایتين في كل أمة يوطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها ، والأولى أن ذلك لا يجب في الآيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد والأصل عدمه فلا ثبت به حكما بمجرد .

٦٣٨٦

فصل

وإذا اشترى جارية فظفر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة أحدها : أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله ، وأنت بولد لدون ستة أشهر ، أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشتري ، فإن الولد يكون للبائع ، والجارية أم ولد له والبيع باطل .

الحال الثاني : أن يكون أحدهما استبرأها ثم أنت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشتري ، فالولد للمشتري ، والجارية أم ولد له .

الحال الثالث : أن تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ، ولأقل من ستة أشهر

(١) في ٣٩ : كان يوطؤها .

منذ وطئها المشتري ، فلا يلحق نسبه بواحد منهما ، ويسكون ملكا المشتري ، ولا يملك فسخ البيع ، لأن الحل تجدد في ملكه ظاهراً ، فإن ادعاه كل واحد منهما فهو المشتري ، لأنه ولد في ملكه ، مع احتمال كونه منه ، وإن ادعاه البائع وحده فصدقه المشتري لحقه ، وكان البيع باطلا ، وإن كذبه فالتقول قول المشتري في ملك الولد ، لأن الملك انتقل إليه ظاهراً ، فلم تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه ، كالأقر بعد البيع أن الجارية مفصولة أو ممتقة . وهل يثبت نسب الولد من البائع ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يثبت ، لأنه نفـ مع للولد من غير ضرر على المشتري ، فيقبل قوله فيه كما لو أقر لولده بمال .

والثاني : لا يقبل ، لأن فيه ضرراً على المشتري فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق بميراثه منه ولذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما أنه أخو صاحبه لم يقبل إلا بيعة .

الحال الرابع : أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشتري قبل استبرائها ، فنسبه لاحق^(١) بالمشتري فإن ادعاه البائع فأقر له المشتري لحقه وبطل البيع . وإن كذبه فالتقول قول المشتري ، وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة ، فألحق بمن ألحقته به ، لحديث عبد الرحمن بن عوف ، ولأنه يحتمل كونه من كل واحد منهما ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما ، وينبغي أن يبطل البيع ، وتكون أم ولد للبائع ، لأننا نتبين أنها كانت حاملا منه قبل بيعها .

الحال الخامس : إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ، ولم يسكن أقر بوطئها ، فالبيع صحيح في الظاهر ، والولد مملوك للمشتري ، فإن ادعاه البائع فالحكم فيه كما ذكرنا في الحال الثالث سواء .

مسألة

٦٣٨٧

قال : ﴿ ونجذب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب ، والزينة ، والبيتوتة في غير منزلها ، والسكران بالإنمد ، والنقاب ﴾ .

هذا يسمى الإحداد^(٢) ولانعلم بين أهل العلم خلافاً في وجوبه على المتوفى عنها زوجها إلا عن الحسن ، فإنه قال : لا يجب الإحداد ، وهو قول شذبه عن أهل العلم ، وخالف به السنة ، فلا يهرج عليه ، ويستوى في وجوبه الحرة ، والأمة ، والمسلمة ، والذمية ، والكبيرة ، والصغيرة وقال أصحاب الرأي : لا إحداد على ذمية ، ولا صغيرة ، لأنهما غير مكلفتين .

ولنا : عموم الأحاديث التي سنذكرها ولأن غير المكافة تساوى المكافة في اجتناب الحرمات كالزنا وإعسا يفترقان في الإنثم فكذلك الإحداد ولأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة فكذلك فيما عليها .

فصل

٦٣٨٨

ولا إحداد على غير الزوجات كأم الولد إذا مات سيدها قال ابن المنذر لأعلمهم يختلفون في ذلك وكذلك الأمة التي يطؤها سيدها إذا مات عنها ولا الموطوءة بشبهة والمزني بها لقول النبي صلى الله عليه وسلم ^(١) « لا يحل لاسراة تؤمن بالله واليوم الآخرة أن تُحدَّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه لأنها في حكم الزوجات لها أن تنزى زوجها وتستشرف له ليرغب فيها وتنفق عنده كما تفعل في صلب النكاح ولا إحداد على المنكوحة نكاحاً فاسداً لأنها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحمل له ويحل لها فتحزن على فقده .

فصل

٦٣٨٩

وتجتنب الحادة ما يدمو إلى جماعها ويرغب في النظر إليها ، ويحسنها ، وذلك أربعة أشياء .

أحدها

٦٣٩٠

الطيب ، ولا خلاف في تحريمه عند من أوجب الإحداد لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لاتمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بُنْبَذَةً من قُسْطٍ ^(٢) أو اظْفَارٍ » . متفق عليه . وروى زينب بنت أم سلمة قالت دخلت على أم حَبِيبَةَ زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبوسفیان ، فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره ^(٣) فدهنت منه ^(٤) جارية ثم مست بعارضها ^(٥) ثم قالت والله مالى

(١) سبق تخريجه أول كتاب العدد .

(٢) البنبذة : بضم النون وسكون الباء وهى القطعة والشيء اليسير ، والقسط بضم القاف وسكون السين ويقال : الكسط ، والكست : نوع من للبخور وكذلك الاظفار نوع منها وليس من مقصود الطيب خص فيه للفتنة من الحيض لإزالة الرائحة الكريهة تتبع به أثر الدم لا للتطيب .

ورواية (قسط أو اظفار) أصوب من رواية (قسط اظفار) بالإضافة وقد خطأها عياض (ف)

(٣) برفع (خلوق) و برفع (غيره) أى دعت بصفرة وهى خلوق أو غيره والخلوق : طيب مخلوط (ف)

(٤) دهنت منه جارية : طلعتها من ذلك الطيب قليلا لمسا في يديها (ف)

(٥) المروى (بعارضها) وهما جانبها الوجه فوق الذقن إلى ما دون الأذن وإعسا فعلت هذا لدفع

صورة الإحداد (ف)

بالطيب من حاجة ، غير أئ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحم على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » متفق عليه ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة . ولا يجوز لها استعمال الأدهان الطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين واللبان وما أشبهه ، لأنه استعمال للطيب ، فأما الإدهان بغير الطيب كالزيت والشبرج والسمن فلا بأس به ، لأنه ليس بطيب .

❦ الثاني ❦

٦٣٩١

اجتناب الزينة وذلك واجب في قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عمر ، وابن عباس ، وعطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك ، وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام :

❦ أحدها ❦

٦٣٩٢

الزينة في نفسها فيحرم عليها أن تختضب ، وأن تحمر وجهها بالكحلكون^(١) وأن تبيضه بأسفيداج^(٢) العرايس ، وأن تحمل عليه صبرا^(٣) يصفره ، وأن تنقش وجهها ويديها ، وأن تحفف^(٤) وجهها ، وما أشبهه مما يحسنها ، وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة ، وذلك لما روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المصفر^(٥) من الثياب ولا المشق^(٦) ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل » رواه النسائي وأبو داود وروت أم عطية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تحم المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنه تحم أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ولا تمس طيبا إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها ، بنبذة من قسط أو اظفاره » متفق عليه .

وعن أم سلمة قالت جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : « يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا . مرتين

(١) الكلكون : غمرة من لك ، وأسفيداج ، و (لك) صمغ نبات هندي كما في تذكرة داود ج ١ ص ٢٥١ ، ٢٦٠ (ف)

(٢) في النسخ (أسفيداج) بالذال المعجمة ، والصواب (أسفيداج) بالذال المهملة كما في تذكرة داود ج ١ ص ٤١ ومفاتيح العلوم للخوارزمي ص ١٤٩ معرب من الفارسية : وهو بياض الرصاص ف

(٣) صبر : بفتح فكسر أو سكون وقد تكسر الصاد عصاره شجر مر (ف)

(٤) تخفيف الوجه : نزع الشعر منه (ف)

(٥) المصفر من الثياب : المصبوغ بالمصفر بضم العين والفاء وهو صبغ أصفر اللون (ف)

(٦) المشق : المصبوغ بالمشق بكسر الميم وهو طين أحمر (ف)

أو ثلاثاً « متفق عليه ، وروت أم سلمة قالت : « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي أبو سلمة وقد جمعت على عيني صبراً فقال : ماذا يا أم سلمة ؟ قلت : إنما هو صبر ليس فيه طيب . قال : إنه يشب الوجه ^(١) لا تجمليه إلا ، بالليل وتنزعينه ^(٢) بالنهار ، ولا تمسحط بالطيب ولا بالحناء ، فإنه خضاب . قال : قلت فبأى شيء أمتشط ، قال : بالسدر تنلفين ^(٣) به رأسك « ، ولأن الكحل من أبلغ الزينة ، تدعو إليها وتحرك الشهوة ، فهي كالطيب وأبلغ منه .

وحكى عن بعض الشافعية أن للسوداء أن تسكتحل ، وهو مخالف للخبر والمعنى فإنه يزيناها ويحسنها ، وإن اضطرت الحادة إل الكحل بالأنمد للتداوى فلها أن تسكتحل ليلاً ، وتمسحه نهراً ، ورخص فيه عند الضرورة عطاء ، والنخعي ، ومالك ، وأصحاب الرأي ، لما روت أم حكيم بنت أسيد ^(٤) عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكى عينيها فتسكتحل بالجلء ، فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل الجلء ^(٥) فقالت : لا تسكتحلي إلا لما لا بد منه ، يشتد ^(٦) عليك فتسكتحلين بالليل وتمسحينه بالنهار رواه أبو داود والنسائي .

ولما منع من الكحل بالأنمد لأنه الذي تحصل به الزينة ، فأما الكحل بالثوتيا ^(٧) والمنزروت ^(٨) ونحوهما فلا بأس به لأنه لازينة فيه ، بل يقبح العين ويزيدها مرهاً ^(٩) ، ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لأنه إنما منع منه في الوجه لأنه يصفره فيشبه الخضاب ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم أنه يشب الوجه ، ولا تمنع من التنظيف ببقايم . الأظفار ونقف الإبط وحلق الشعر المندوب إلى حاقه ولانم الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث أم سلمة ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب .

القسم الثاني

٦٣٩٣

زينة الثياب . فتحرم عليها الثياب المصبغة ^(١٠) للتحسين كالصفر والمزفر وسائر الأحر وسائر الملون للتحسين كالأزرق الصافي ، والأخضر الصافي ، والأصفر ، فلا يجوز لبسه لقول النبي ﷺ : « لا تلبس

- (١) يشب الوجه : يوبده حسناً (ف)
- (٢) زادة (تنزعينه بالنهار) في أبي داود وليست في النسائي (ف)
- (٣) الغلاف في الأصل : الشاة وتغليف الرأس أن يحمل عليه من السدر ونحوه ما يشبه الغلاف (ف)
- (٤) في النسخ (أسد) والصواب (أسيد) كما في النسائي ج ١ ص ٢٠٤ وأبي داود ج ١ ص ٢٢٨ (ف)
- (٥) الجلء بكسر الجيم وفتحها . والمد : الإثمء لجلوه البصر (ف)
- (٦) زيادة (يشتد عليك فتسكتحلين بالليل وتمسحينه بالنهار) في أبي داود وليست في النسائي (ف)
- (٧) الثوتيا : حجر يكتحل به (ف) (٨) المنزروت هو الأنزروت . كحل فارس (ف)
- (٩) يقال مرهت عينه : فسدت وابيضت بواطن أجفانه (ف)
- (١٠) في ١٨ و ٣٩ : المصبوغة .

ثوباً مصبوغاً « وقوله : « لا تلبس المصفر من الثياب ولا الممشق » فأما ما لا يقصد بصيفه حسنه كالسحلي والأسود والأخضر المشيع فلا تمنع منه ، لأنه ليس بزينة وما صيغ غزله ثم نسج ، فيه احتمالان .
أحدهما : يحرم لبسه لأنه أرفع وأحسن ولأنه مصبوغ للحسن ، فأشبه ما صيغ بعد نسجه .

والثاني : لا يحرم ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث أم سلمة « إلا ثوب عصب » وهو ما صيغ غزله قبل نسجه ، ذكره القاضي ، ولأنه لم يصيغ وهو ثوب فأشبه ما كان حسناً من الثياب غير مصبوغ ، والأول أصح وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصيغ به الثياب ، قال صاحب الروض الأنف والورس والعصب نبتان باليمن لا ينفقان إلا به ، فأرخص النبي صلى الله عليه وسلم للحادة في لبس ما صيغ بالعصب لأنه في معنى ما صيغ لغير التحسين . وأما ما صيغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجوير لبسه مع حصول الزينة بصيفه كحصولها بما صيغ بعد نسجه ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة ، وإن كان رقيقاً ، سواء كان من قطن ، أو كتان ، أو إريسم ، لأن حسنه من أصل خلقة فلا يلزم تغييره كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها .

القسم الثالث

٦٣٩٤

الحلى . فيحرم عليها لبس الحلى كله حتى الخاتم ، في قول عامة أهل العلم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ولا الحلى » ، وقال عطاء : يباح حلى الفضة دون الذهب ، وليس بصحيح ، لأن النهي عام ، ولأن الحلى يزيد حسننها ويدعو إل مباشرتها قالت امرأة :

وما الحلى إلا زينة لنعيسة تَتَمَّمُ مِنْ حُسْنٍ إِذَا الْحُسْنُ قَصُرَا

فصل

٦٣٩٥

والثالث : مما تجتنبه الحادة النقاب وما في معناه ، مثل البرقع ونحوه ، لأن المعتدة مشبهة بالحُرمة ، والحُرمة تمنع من ذلك ، وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل الحُرمة .

فصل

٦٣٩٦

والرابع : المبيت في غير منزلها ، ومن أوجب على المتوفى عنها زوجها الاعتداد في منزلها : عمر ، وعثمان ، رضى الله عنها . وروى ذلك عن ابن عمر ، وابن مسعود ، وأم سلمة . وبه يقول مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وإسحاق . وقال ابن عبد البر : وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار بالحجاز ، والشام ، والعراق ، ومصر . وقال جابر بن زيد : والحسن ، وعطاء : تعتد حيث شئت . وروى ذلك عن علي ، وابن عباس ، وجابر ، وعائشة ، رضى الله عنهم . قال ابن عباس : نسخت هذه الآية . عدتها عند أهله وسكنت في وصيتها وإن شئت خرجت لقول الله تعالى : (فَإِنْ

خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ^(١) . قال عطاء : ثم جاء الميراث فنسخ السكني
تعتد حيث شئت . رواها أبو داود .

ولنا : ما روته فُرَيْعَةُ بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري « أنها جاءت إلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فأخبرته أن زوجها خرج في طلب أعبدله فقتلوه بطَرْفِ الْقُدُومِ^(٢) » فسألت رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة ، قالت فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم . قالت : فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني
أو أسرى ، فدعيت له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف قلت ؟ فرددت عليه القصة ، فقال :
امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله . فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً ، فلما كان عثمان بن عفان
أرسل إليّ فسألني عن ذلك ، فأخبرته ، فاتبعه وقضى به « رواه مالك^(٣) في موطئه ، والأثرم ، وهو
حديث صحيح قضى به عثمان في جماعة من الصعابة فلم ينكروه .

إذا ثبت هذا فإنه يجب الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به ، سواء كان مملوكاً
لزوجها أو بإجارة أو عارية ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفريضة : « امكثي في بيتك » ، ولم تكن
في بيت يملكه زوجها ، وفي بعض ألفاظه : « اعتدى في البيت الذي أتاك فيه نعي زوجك » وفي لفظ
« اعتدى حيث أتاك الخبر » فإن أتاها الخبر في غير مسكنها رجعت إلى مسكنها فاعتددت فيه . وقال سعيد
ابن المسيب والنخعي : لا تبرح من مكانها الذي أتاها فيه نعي زوجها ، اتباعاً للفظ الخبر الذي روياه .

ولنا : قوله عليه السلام : « امكثي في بيتك » ، واللفظ الآخر قضية في عين ، والمراد به هذا ،
فإن قضايا الأعيان لا عموم لها ، ثم لا يمكن حمله على العموم ، فإنه لا يلزمها الاعتداد في السوق والطريق
والبرية إذا أتاها الخبر وهي فيها .

فصل

٦٣٩٧

فإن خافت هدماً أو غرقاً أو عدواً أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لسكونه عارية رجع فيها ،
أو بإجارة انقضت مدتها ، أو منعها السكني تمديداً ، أو امتنع من إيجارته ، أو طلب به أكثر من أجرة
المثل ، أو لم تجد ما تسكترى به ، أو لم تجد إلا من مالها ، فلها أن تنقل ، لأنها حال عذر ، ولا يلزمها
بذلك أجر المسكن ، وإنما الواجب عليها فعل السكني لا تحصيل المسكن^(٤) . وإذا تعذرت السكني سقطت
ولها أن تسكن حيث شئت . ذكره القاضي . وذكر أبو الخطاب أنها تنقل إلى أقرب ما يملكها النقلة

(١) سورة البقرة آية ١٤٠ (٢) القدوم بفتح القاف ودال مهملة مضمومة تشدد وتخفف - موضع
على ستة أميال من المدينة (ف) (٣) وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه (ف)
(٤) في ٣٩ : لا تحصيل أجر المسكن .

إليه ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه أقرب إلى موضع الوجود ، فأشبهه من وجبت عليه ، الزكاة فى موضع لا يجرد فيه أهل السهمان ، فإنه ينقلها إلى أقرب موضع يخدم فيه .

ولنا : أن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببطل فلا يجب ، كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط ، والمعتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف فى المسجد . ولأن ما ذكره إثبات حكم بلا نص ولا معنى نص ، فإن معنى الاعتداد فى بيتها لا يوجد فى السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان ، فإن القصد نفع الأقرب ، وفى نقلها إلى أقرب موضع يخدمه نفع الأقرب ، فوجب لذلك .

فصل

٦٣٩٨

قال أصحابنا : ولا سكنى للمتوفى عنها إذا كانت حائلا رواية واحدة . وإن كانت حاملا فعلى روايتين وللشافعى فى سكنى المتوفى عنها قولان : وجه الوجوب قوله تعالى : (وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَبَذَرُونَ أَرْزَاقًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْخُلُولِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ)^(١) فنسخ بعض المدة وبقي باقيا على الوجوب ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر فريضة بالسكنى فى بيتها من غير استئذان الورثة . ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم كما أنها ليس لها أن تصرف فى شيء من مال زوجها بغير إذنهم .

ولنا : أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها وجعل باقيا لسائر الورثة والمسكن من التركة ، فوجب الاستحقاق منه أكثر من ذلك ولأنها بأثر من زوجها فأشبهت المطلقة ثلاثا . وأما إذا كانت حاملا وقلنا لها السكنى فلائها حامل من زوجها فوجب لها السكنى قياسا على المطلقة . فأما الآية التى احتجوا بها فإنها منسوخة . وأما أمر النبى صلى الله عليه وسلم فريضة بالسكنى فقضية فى عين يحتمل أنه عليه السلام علم أن الوارث يأذن فى ذلك أو يكون الأمر يدل على وجوب السكنى عليها ويتقيد ذلك بالإمكان وإذن الوارث من جملة ما يحصل الإمكان به .

فإذا قلنا لها السكنى فهمى أحق بسكنى المسكن الذى كانت تسكنه من الورثة والفرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع فى دينه بيماء يمنعهما للسكنى فيه حتى تقضى المدة . وبهذا قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجهور العلماء وإن تعذر المسكن فعلى الوارث أن يسكنها لها مسكنا من مال الميت فإن لم يفعل أجبره الحاكم ، وليس لها أن تنقل من مسكنها إلا لعذر كما ذكرنا وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لأن هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى لأنها تجب للمدة والمدة يتعلق بها حق الله تعالى فلم يجز انقائهما على إبطالهما بخلاف سكنى الفسكاح فإنها حق لها ولأن السكنى ههنا من الإحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الإحداد ، وليس لهم أن يخرجوها إلا أن تأتى بفاحشة مبينة لقول الله تعالى : « لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بَيْوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ »^(٢) وهى أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم

بالسب ونحوه . روى ذلك عن ابن عباس وهو قول الأكثرين . وقال ابن مسعود والحسن : هي الزنا لقول الله تعالى : « وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّكَ الْفَاحِشَةُ مِنْ نِسَائِكَ فَاسْتَشِيرُوا عَلَيْهِمْ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ » ^(١) وإخراجهم هو الإخراج لإقامة حد الزنا ثم ترد إلى مكانها .

ولنا : أن الآية تقتضى الإخراج عن السكنى وهذا لا يتحقق فيما قالا ، وأما الفاحشة فهي اسم للزنا وغيره من الأقوال الفاحشة . يقال أخش فلان في مقاله ، ولهذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قالت له عائشة « يا رسول الله قلت لفلان بنس أخو المشيرة فلما دخل ألفت له القول فقال : يا عائشة إن الله لا يحب الفحش ولا التفتيش » ^(٢) .

إذا ثبت هذا فإن الورثة يخرجونها عن ذلك السكن إلى مسكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم ، فإن كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها إلى غيره في الدار ولم يتخلصوا من أذاها بذلك فلم ينقلها ، وقال بعض أصحابنا ينتقلون هم عنها لأن سكنها واجب في المسكن وليس بواجب عليهم ، والنص يدل على أنها تخرج ، فلا يرجع على ماخالفه ولأن الفاحشة منها فكان الإخراج لها ، وإن كان أحادها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها فنقلوا هم دونها فإنها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ولأن الذنب لم يخصص بالإخراج . وإن كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه بإسكانها فيه لزمها الاعتداد به .

وإن أبى أن يسكنها إلا بأجرة وجب بذلها من مال الميت ، إلا أن يتبرع إنسان ببذلها ، فيلزمها الاعتداد به ، فإن حولها صاحب المسكن أو طلب أكثر من أجرة المثل فعلى الورثة إسكانها إن كان للميت تركه يستأجر لها به مسكن ، لأنه حق لها يقدم على الميراث ، فإن اختارت الذلة عن هذا المسكن الذى ينقلونها إليه فلها ذلك ، لأن سكنها به حق لها وليس بواجب عليها ، فإن المسكن الذى كان يجب عليها السكنى به هو الذى كانت تسكنه حين موت زوجها ، وقد سقطت عنها السكنى به ، وسواء كان المسكن الذى كانت به لأبويها أو لأحدهما أو لغيرهم ، وإن كانت تسكن في دارها فاقتارت الإقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز ، ويلزم الورثة بذل الأجرة إذا طلبتها ، وإن طلبت أن تسكنها غيرها وتنقل عنها فلها ذلك ، لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم إسكانها .

فصل

٦٣٩٩

فأما إذا قلنا ليس لها السكنى فتطوع الورثة بإسكانها في مسكن زوجها أو للسلطان أو أجنبي لزمها الاعتداد به وإن منعت السكنى به أو طلبوا منها الأجرة فلها أن تنقل عنه إلى غيره كما ذكرنا فيما إذا

(١) سورة النساء آية ١٥ (٢) أخرجه البخارى وغيره .

أخرجها المؤجر عند انقضاء الإجارة وسواء قدرت على الأجرة أو عجزت عنها لأنه إنما تلزمها السكنى لا تحصيل المسكن ، وإن كانت في مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكناً آخر لم تلزمها السكنى وكذلك إن أخرجت من المسكن الذي هي به ^(١) أو خرجت لأي عارض كان لم تلزمها السكنى في موضع معين سواء سواء بذله الورثة أو غيرهم لأنها إنما يلزمها الاعتداد في بيتها الذي كانت فيه لا في غيره وكذلك إذا قلنا لها السكنى فتعذر سكنها في مسكنها وبذل لها سواء وإن طلبت مسكناً سواء لزم الورثة تحصيله بأجرة أو بغيرها إن خلف الميت تركته تفي بذلك ويقدم ذلك على الميراث لأنه حق على الميت فأشبهه الدين فإن كان على الميت دين يستغرق ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء لأن حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يصيبها موضعاً تسكنه وكذلك الحكم في الطلاق إذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فإنها تضرب بأجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء إذا كانت حاملاً .

فإن قيل : فهلا قدمتم حق الغرماء لأنه أسبق ؟ قلنا : لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارها فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلّف المفلس مالا لإسان أو جنى عليه ، وإن مات وهي في مسكنه لم يجز لإخراجها منه لأن حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدماً لحق المرتين ، وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن وترك السكنى لها مدة العدة لم يجز ، لأنها إنما تستحق السكنى إذا كانت حاملاً ، ومدة الحمل مجهولة ، فتصير كما لو باعها واستثنى نعمها مدة مجهولة ، وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضربها في السكنى لم يكن لهم ذلك ، وإن أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بقاء جاز لأنه لا ضرر عليها فيه .

فصل

٦٤٠٠

وإذا قلنا إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فإنها تضرب بمدة عاداتها في وضع الحمل إن كانت حاملاً ، وإن كانت مطلقة من ذوات القروء وقلنا لها السكنى ضربت بمدة عاداتها في القروء ، فإن لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء ، وهو تسعة أشهر للحمل ، وثلاثة أشهر لكل قروء شهر ، أو بما بقي من ذلك إن كان قد مضى من مدة حملها شيء لأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فإذا ضربت بذلك فوافق الصواب فلم تزد ولم تنقص استقر الحكم وتستأجر بما يحصل لها مكاناً تسكنه ، وإذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت وإن كانت للمدة أقل مما ضربت به مثل أن وضعت حملها ستة أشهر أو تربعت ثلاثة قروء في شهرين فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه ، وإن طالت العدة أكثر من ذلك مثل أن وضعت حملها في عام أو رأت ثلاثة قروء في نصف عام رجعت بذلك على الغرماء كما يرجعون عليها

في صورة النقص ويحتمل ألا ترجع به ويكون في ذمة زوجها - لأننا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم تكن لها الزيادة عليه .

فصل

٦٤٠١

والمعتدة الخروج في حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها لما روى جابر قال « طلق خاتني ثلاثاً فخرجت تجذب نخلها فلقبها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : اخرجي فجدى نخلك لعلك أن تصدقي منه أو تفلي خيراً » رواه النسائي وأبو داود . وروى مجاهد قال ^(١) « استشهد رجال يوم أحد فجاء نساؤهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلن يا رسول الله نستوحش بالليل أفبیت عند إحدانا ، فإذا أصبحنا بادرنا إلى بيوتنا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تحدثن عند إحدكن حتى إذا أردتن النوم فلتقوب كل واحدة إلى بيتها » وليس لها البيت في غير بيتها ولا الخروج ليلاً إلا لضرورة لأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج إليه وإن وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه إلا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث إليها الخاك من يستوفي الحق منها في منزلها ، وإن كانت برزة ^(٢) جاز إحضارها لاستيفائه فإذا فرغت رجعت إلى منزلها .

فصل

٦٤٠٢

والأمة كالحرّة في الإحداد والاعتداد في المنزل إلا أن سكناها في العدة كسكناها في حياة زوجها للسيد إمساكها نهاراً وإرسالها ليلاً فإن أرسلها ليلاً ونهاراً امتدت زمانها - أكله في المنزل وعلى الورثة سكناها فيهما كالحرّة سواء .

فصل

٦٤٠٣

والبدوية كالخضرية في الاعتداد في منزلها الذي مات زوجها وهي ساكنة فيه فإن انتقلت الحلة انتقلت معهم لأنها لا يمكنها المقام وحدها ، وإن انتقل غير أهلها لزمها المقام معهم وإن انتقل أهلها - انتقلت معهم إلا أن يبقى من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم فتكون بخيرة بين الإقامة والرحيل وإن هرب أهلها تخافت هربت معهم وإن أمنت أقامت لبقاء العدة في منزلها .

(١) أخرجه الشافعي وعبد الرزاق عن مجاهد مرسل . ف

(٢) برزة : كهلة لا تحتجب احتجاب الشراب . ف

فصل

٦٤٠٤

فإن مات صاحب السفينة وامرأته في السفينة ولها مسكن في البر فحكمها حكم المسافرة في البر على ما سئذ كره . وإن لم يكن لها مسكن سواها وكان فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا يجتمع مع الرجال وأمكنتها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرما لزمها أن تعقد به فإن كانت ضيقة وليس معها محرما أو لا يمكنها الإقامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال منها إلى موضع سواها .

مسألة

٦٤٠٥

قال : (والمطاعة ثلاثا تتوقى الطيب والزينة والكحل بالإند) .

اختلفت الرواية من أحمد في وجوب الإحداد على المطلقة البائن فعنه يجب عليها وهو قول سعيد ابن المسيب وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي . والثانية : لا يجب عليها وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل لاسرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الإحداد إنما يجب في عدة الوفاة ، ولأنها معتدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ولأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته ، فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه ولأن المتوفى عنها لو أوتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فإن زوجها باق فهو يحتاط عليها بنفسه وينفى ولدها إذا كان من غيره .

وجه (الرواية)^(١) الأولى : أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لأن العدة تحرم النكاح لحرمت دواعيه ، ويخرج على هذا الرجعية فإنها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تسكن الحرمة ، فأما الحديث فلأنما مدلوله تحريم الإحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به . ولهذا جاز الإحداد ههنا بالإجماع ، فإذا قلنا يلزمها الإحداد لزمها شيثان توقى الطيب والزينة في نفسها على ما قدمنا فيها ولا تمتنع من النقاب ولا من الاعتداد في غير منزلها ولذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم على ما سئذ كره إن شاء الله تعالى .

فصل

٦٤٠٦

وإذا كانت المبتوتة حاملا وجب لها السكنى رواية واحدة . ولا نعلم بين أهل العلم خلافا فيه . وإن لم تسكن حاملا ففيها روايتان :

(١) سقطت من ٢٩ .

إحداها : لا يجب لها ذلك وهو قول ابن عباس وجابر ، وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمر بن ميمون وعكرمة وإسحاق وأبو نؤير وداود .

والثانية : يجب لها ذلك وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وأبي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي أقول الله تعالى : « لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بَيْوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ » ^(١) وقال تعالى « أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضْمَنَّ حَمْلَهُنَّ » ^(٢) . فأوجب لمن السكنى مطلقاً ، ثم خص الحامل بالإنفاق عليها .

ولنا : ما روت فاطمة بنت قيس : « أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشمبر فتسخطته ، فقال : والله مالك عليهما من شيء . فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له ، فقال لها : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى ، فأمرها أن تعقد في بيت أم شريك — ثم قال — إن تلك امرأة بفشاهة أصحابي ، اعتدى في بيت ابن أم مكتوم » . متفق عليه ، فإن قيل : فقد أنكر عليها عمر وقال : « ما كنا لنفدع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندى أصدقت أم أم كذبت ؟ » وقال عروة : « لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب وقال ^(٣) : إنها كانت في مكان وخش ^(٤) نحيب على ناحيتها » وقال سعيد بن المسيب : « امرأة ففتت الناس ، إنها كانت ^(٥) ليسة » ، فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى .

قلنا : أما مخالفة الكتاب فإن فاطمة لما أنكرها عليها قالت : بيني وبينكم كتاب الله : قال الله تعالى « لَا تَذَرِي لَمَلٍّ اللَّهُ يُجَدِّثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا » ^(٦) فأى أمر يحدث بعد الثلاث ؟ . فكيف

(١) سورة الطلاق آية ١ .

(٢) سورة الطلاق آية ٦ .

(٣) في ١٨ : وقالت .

(٤) في ٣٩ : موحش . وحش . . . بفتح الواو وسكون

الحاء أى خلا . لاساكن به وقد روى كلام عائشة أبو دارود وابن ماجه . والبخارى تعليقاً . ف

(٥) كانت لسة : أى طويلة اللسان ، وقد بين ابن المسيب ذلك في رواية أخرى أصرح « تلك امرأة استطالت على أحماتها بلسانها فأمرها عليه الصلاة والسلام أن تنتقل ، وهذه الرواية ورواية المغنى كلاهما في سنن أبي داود .

ويستفاد من كلام عائشة وكلام سعيد بن المسيب أنه اختلف في سبب انتقالها ، فعائشة ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لها في الانتقال لأنها كانت في مكان وحش ، وسعيد يرى أنها أمرت بالانتقال لطول لسانها . ف

(٦) سورة الطلاق آية ١ .

فكيف تقولون لا نفقة لها ، إذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها ؟ فكيف تحبس امرأة بغير نفقة ؟ وأما قولهم : إن عمر قال : لا ندع كتاب ربنا فقد أنكر أحد هذا القول عن عمر ، قال : ولكنه قال : لا نجيز في ديننا قول امرأة ، وهذا مجمع على خلافه ، وقد أخذنا بقول فرعية وهي امرأة ، وبرواية عائشة ، وأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم في كثير من الأحكام ، وصار أهل العلم إلى خبر فاطمة هذا في كثير من الأحكام ، مثل سقوط نفقة المبتوتة إذا لم تكن حاملا ، ونظر المرأة إلى الرجال ، وخطبة الرجل على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت إلى الأول .

وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء ، فإنها تخالفهم في ذلك . وهي أعلم بحالها ، ولم يتفق المؤلفون على شيء . وقد رد على من رد عليها فقال ميمون بن مهران السديد بن المسيب لما قال : تلك امرأة فتنت الناس : أن كانت إنما أخذت بما أفتاها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما فتنت الناس ، وإن لنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة ، مع أنها أحرم الناس عليه ، ليس له عليها رجعة ، ولا بينهما ميراث ، وقول عائشة : « إنها كانت في مكان وحش » لا يصح ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم علل بغير ذلك ، فقال : « يا بنة آل قيس ، إنما السكنى والنفقة ما كان لزوجك عليك الرجعة » . هكذا رواه الحميدى ، والأثرم . ولأنه لو صح ما قلته عائشة أو غيرها من التأويل ما احتاج عمر في رده (إلى)^(١) أن يمتذر بأنه قول امرأة ، ثم فاطمة صاحبة القصة ، وهي أعرف بنفسها وبحالها ، وقد أنكرت على من أنكر عليها ، وردت على من رد خبرها أو تأوله بخلاف ظاهره ، فيجب تقديم قولها لمعرفة نفسها ، وموافقها ظاهر الخبر ، كما في سائر ما هذا سبيله .

فصل

٦٤٠٧

قال أصحابنا : ولا يتمين للموضع الذى نسكنه فى الطلاق ، سواء قلنا : لها السكنى ، أو لم نقل ، بل يتمين الزوج بين إقرارها فى الموضع الذى طلقها فيه ، وبين نقلها إلى مسكن مثلها ، والمستحب إقرارها لقوله تعالى : « لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ »^(٢) . ولأن فيه خروجاً من الخلاف ، فإن الذين ذكرنا عنهم أن لها السكنى يرون وجوب الاعتداد عليها فى منزلها فإن كانت فى بيت يملك الزوج سكنها وبصالح لمثلها اعتدت فيه ، فإن ضاق عنها انتقل عنها ، وتركها لها ، لأنه يستحب سكنها فى الموضع الذى طلقها فيه . وإن اتسع الموضع لها وفى الدار موضع لها منفرد ، كالخجرة ، أو علو الدار أو سفلا ، وبينهما باب مغلق ، سكنت فيه ، وسكن الزوج فى الباقي ، لأههما

(١) فى النسخ المطبوعة (إلا) والصواب (إلى) كما أثبتناه وهو فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٤١ ف

(٢) سورة الطلاق آية ١ .

كالجهرتين المتجاورتين . وإن لم يسكن بينهما باب معلق لمسا موضع تستر فيه ، بحيث لا يراها ، وممها محرم تتحفظ به جاز ، لأن مع المحرم يؤمن الفساد ، ويسكره في الجملة ، لأنه لا يؤمن النظر ، وإن لم يسكن معها محرم لم يحز . لقول النبي صلى الله عليه وسلم ^(١) : « لا يَخُونُ رجل باسراً ليست له محرم ، فإن نالهما الشيطان » . وإن امتنع من إسكانها وكانت ممن لها عليه السكني أجبره الحاكم ، فإن كان الحاكم معذوراً رجعت على الزوج ، وإن كان الحاكم موجوداً فهل ترجع ؟ على روايتين . وإن كان الزوج حاضراً ولم يضمنها من المسكن فأكثرت لنفسها موضعاً أو سكنت في موضع تملكه لم ترجع بالأجرة ، لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد . وإن عجز الزوج عن إسكانها لمسرته أو غيبته ، أو امتنع من ذلك مع قدرته ، سكنت حيث شاءت ، وكذلك المتوفى عنها زوجها ، إذا لم يسكنها ورثته ، لأنه إنما تلزمها السكني في منزله لتحصيل مائه ، فإذا لم تفعل لم يلزمها ذلك .

مسألة

٦٤٠٨

قال ﴿ وإذا خرجت إلى الحج فتوفى عنها زوجها وهي بالقرب رجعت لتقضى العدة ، فإن كانت قد تباعدت مضت في سفرها ، فإن رجعت وقد بقي من عدتها شيء أنت به في منزلها ﴾ .

وجملته : أن المقتدة من الوفاة ليس لها أن تخرج إلى الحج ، ولا إلى غيره ، روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، رضي الله عنهما . وبه قال سعيد بن المسيب ، والقاسم ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، والثوري . وإن خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت إن كانت قريبة ، لأنها في حكم الإقامة . وإن تباعدت مضت في سفرها . وقال مالك : ترد ما لم تحرم . والصحيح : أن البعيدة لا ترد ، لأنه بضر بها ، وعليها مشقة ، ولا بد لها من سفر وإن رجعت . قال القاضي : ينبغي أن يُحدَّ القريب بما لا تقصر فيه الصلاة ، والبعيد ما تقصر فيه ، لأن ما لا تقصر الصلاة فيه أحكامه أحكام الحضر . وهذا قول أبي حنيفة ، إلا أنه لا يرى القصر إلا في مسيرة ثلاثة أيام ، فقال : متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع إليه ، وإن كان فوق ذلك لزمها المضي إلى مقصدها ، والاعتداد فيه ، إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام . وإن كان بينه وبينها ثلاثة أيام ، وفي موضعها الذي هي به موضع يمكنها الإقامة فيه ، لزمها الإقامة . وإن لم يسكنها الإقامة مضت إلى مقصدها .

وقال الشافعي : إن فارت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام ، لأنها صارت في موضع أذن لها زوجها فيه ، وهو السفر ، فأشبهه ما لو كانت قد بعدت .

ولنا على وجوب الرجوع إذا كانت قريبة : ما روى سعيد ثنا جرير ، عن مفسور ، عن سعيد بن

(١) أخرجه أحمد عن عامر بن ربيعة ، وبهناه حديث أخرجه الشيخان عن ابن عباس . ف

المسيب ، قال : « توفي أزواجٌ نساؤهن حاجاتٌ أو معتمرات ، فردهن عمر من ذى الخليفة^(١) ، حتى يعتدّن في بيوتهن » . ولأنه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن يبعد سفرها ، فلزمها كالأول لم تفارق البنيان .

وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع : إن (كان)^(٢) عليها مشقة وتحتاج إلى سفر في رجوعها فأشبهت من بلغت مقصدها . وإن اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك إذا كانت تصل إلى منزلها قبل انقضاء عدتها ، ومتى كان عليها في الرجوع خوف أو ضرر فلها المضي في سفرها كالأول بعدت ، ومتى رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها لزمها أن تأتي به في منزل زوجها بلا خلاف نعلمه بينهم في ذلك ، لأنه أمكنها الاعتداد فيه ، فلزمها كالأول لم تسافر منه .

فصل

٦٤٠٩

ولو كانت عليها حجة الإسلام مات زوجها لزمها العدة في منزلها ، وإن فاتها الحج ، لأن العدة في المنزل تنفوت ، ولا بدل لها ، والحج يمكن الإتيان به في غير هذا العام .

وإن مات زوجها بعد إحرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها زوجها فيه نظرت ، فإن كان وقت الحج متسماً لاتخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد في منزلها ، لأنه أمكن الجمع ، بين الحقين فلم يجز إسقاط أحدهما ، وإن خشيت فوات الحج لزمها المضي فيه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يلزمها المقام وإن فاتها الحج ، لأنها معتدة ، فلم يجز لها أن تنشأ سفرأ ، كالأول أحرمت بعد وجوب العدة عليها .

ولنا : أنهما عبادتان استويا في الوجوب وضيق الوقت ، فوجب تقديم الأسبق منهما ، كالأول كانت العدة أسبق . ولأن الحج أكد ، لأنه أحد أركان الإسلام ، والمشقة بتفويقه أعظم ، فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بعد سفرها إليه ، وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضي إليه ، لما في بقائها في الإحرام من المشقة ، واحتمل أن يلزمها الاعتداد في منزلها ، لأن العدة أسبق ، ولأنها فرطت وغلظت في نفسها . فإذا قضت العدة وأمكنتها السفر إلى الحج لزمها ذلك فإن أدركته وإلا تحللت بعمل عمرة ، وحكمها في القضاء حكم من فاتها الحج ، وإن لم يمكنها السفر فحكمها حكم المحصر ، كالتى يمنمها زوجها من السفر ، وحكم الإحرام بالعمرة كذلك ، إذا خيف فوات الرفقة ، أو لم يخف .

(١) ميقات إحرام المدنيين .

(٢) ساقطة من ١٨ . ويبدو أن همزة إن مفتوحة مع حذفها . وهو أوضح مع ملاحظة أن الهمز والنقط قليل جداً في هذه المخطوطة لعدم خطها .

٦٤١٠

فصل

وإذا أذن لها زوجها للسفر لغير للنقلة فخرجت ، ثم مات زوجها ، فالحكم في ذلك كالحكم في سفر الحج على ما ذكرنا من التفصيل ، وإذا مضت إلى مقصدها فلها الإقامة حتى تنقضي ما خرجت إليه ، وتنقضي حاجتها من تجارة أو غيرها ، وإن كان خروجها لنزعة أو زيارة أو لم يكن قدر لها مدة فإنها تقيم إقامة المسافر ثلاثاً ، وإن قدر لها مدة فلها إقامتها ، لأن سفرها بحكم إذنه ، فكان لها إقامة ما أذن لها فيه فإذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ، ولم يمكنها الرجوع لخوف أو غيره ، أتمت العدة في مكانها ، وإن أمكنها الرجوع لكان لا يمكنها الوصول إلى منزلها حتى تنقضي عدتها لزمها الإقامة في مكانها ، لأن الاعتداد وهي مقيمة أولى من الإتيان بها في السفر ، وإن كانت تصل وقد بقي من عدتها شيء لزمها العود^(١) لتأتي بالمدة في مكانها .

٦٤١١

فصل

وإن أذن الزوج لها في الانتقال إلى دار أخرى أو بلد آخر فأت قبل انتقالها لزمها الاعتداد في الدار التي هي بها ، لأنها بيتها ، وسواء مات قبل نقل متاعها أو بعده ، لأنها مسكنها ما لم تنتقل عنه : وإن مات بعد انتقالها إلى الثانية اعتدت فيها ، لأنها مسكنها ، وسواء كانت قد نقلت متاعها أو لم تنقله ، وإن مات وهي بينهما فهي مخيرة ، لأنها لا مسكن لها منهما ، فإن الأولى قد خرجت عنها مفتقرة ، فخرجت من كونها مسكناً لها . والثانية : لم تسكن بها ، فمما سواء .

وقيل : يلزمها الاعتداد في الثانية ، لأنها المسكن الذي أذن لها زوجها في السكنى به ، وهذا يمكن في الدارين ، فأما إذا كانا بلدين لم يلزمها الانتقال إلى البلد الثاني بحال ، لأنها إنما كانت تنتقل لغرض زوجها في صحبتها إليه ، وإقامتها معه ، فلو ألزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق ، والتغرب عن وطنها وأهلها . والمقام مع غير محرمة ، والمخاطرة بنفسها ، مع فوات الغرض ، وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها ، فصارت الحياة مشروطة في النقلة ، فأما إن انتقلت إلى الثانية ثم عادت إلى الأولى فنقل متاعها . فمات زوجها وهي بها ، فعليها الرجوع إلى الثانية ، لأنها صارت مسكنها بانتقالها إليها ، وإنما عادت إلى الأولى لحاجة ، والاعتبار بمسكنها دون موضعها ، وإن مات وهي في الثانية فقالت : أذن لي زوجي في السكنى بهذا المسكن ، وأنكر ذلك الورثة ، أو قالت : إنما أذن لي زوجي في الحج إليه ، لا في الإقامة به ، وأنكر ذلك الورثة ، فالقول قولها ، لأنها أعرف بذلك منهم ، وكل موضع قلنا : يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرمة مسافراً معها ، والأمن على نفسها ، لقول رسول الله

صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم من أهلها »^(١) . أو كما قال .

مسألة

٦٤١٢

قال ﴿ وإذا طلقها زوجها أو مات عنها وهو ناء عنها ، فعدتها من يوم مات أو طلق ، إذا صح ذلك عندها ، وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة ﴾ .

هذا المشهور في المذهب ، وأنه متى مات زوجها ، أو طلقها ، فعدتها من يوم موته وطلاقه . قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله أنه أن المدة تجب من حين الموت والطلاق ، إلا مارواه إسحاق ابن إبراهيم . وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس ، وابن مسعود ، ومسروق ، وعطاء . وجابر بن زيد ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، وعكرمة ، وطاوس ، وسليمان بن يسار ، وأبي قلابة ، وأبي العالاية ، والنخعي ، ونافع ، ومالك ، والنوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وعن أحمد : إن قامت بذلك بينة فكما ذكرنا ، وإلا فعدتها من يوم يأتيها الخبر .

وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز . ويروى عن علي ، والحسن ، وقتادة ، وعطاء الخراساني ، وخلاس بن عمرو : أن عدتها من يوم يأتيها الخبر لأن المدة اجتناب أشياء ، وما اجتنبها .

ولما أنها لو كانت حاملاً فوضعت حملها غير عالة بفرقة زوجها لانقضت عدتها ، فكذلك سائر أنواع العدد ، ولأنه زمان عقيب الموت أو الطلاق ، فوجب أن تعقد به ، كما لو كان حاضراً ، ولأن القصد غير معتبر في المدة ، بدليل أن الصغيرة والجنونة تنقض عدتهما من غير قصد ، ولم يعدم ههنا إلا القصد ، وسواء في هذا اجتنب ما تجتنبه المعتدات أو لم تجتنبه ، فإن الإحداد الواجب ليس بشرط في المدة ، فلو تركته قصداً أو عن غير قصد لانقضت عدتها ، فإن الله تعالى قال : « يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ »^(٢) . وقال : « فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ » . وقال : « وَأُولَاتُ الْأَحْصَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ »^(٣) . وفي اشتراط الإحداد مخالفة هذه النصوص ، فوجب ألا يشترط .

(١) أخرجه الشيخان وأحمد وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة . (ف)

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٣) سورة آية الطلاق ٤ .

كتاب الرضاع

الأصل في التحريم : بالرضاع الكتاب ، والسنة : والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى : (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ) ^(١) ذكرهما الله سبحانه في جملة المحرمات . وأما السنة فإروى عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » متفق عليه ، وفي لفظ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . رواه النسائي . وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في بنت حمزة : « لا تحل لي ، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وهي ابنة أخي من الرضاعة » . متفق عليه في أخبار كثيرة نذكر أكثرها إن شاء الله تعالى في تضعيف الباب . وأجمع علماء الأمة على التحريم بالرضاع .

إذا ثبت هذا فإن تحريم الأم والأخت ثبت بنفس الكتاب ، وتحريم البنت ثبت بالقضية ، فإنه إذا حرمت الأخت فالبنت أولى ، وسائر المحرمات ثبت بتحريمهن بالسنة ، وثبتت الحرمة ، لأنها فرع على التحريم إذا كان بسبب مباح . فأما بقية أحكام النسب من النفقة ، والعق ، ورد الشهادة ، وغير ذلك فلا يتعلق به ، لأن النسب أقوى منه ، فلا يقاس عليه في جميع أحكامه ، وإنما يشبه به فيما نص عليه فيه .

مسألة

٦٤١٣

قال أبو القاسم رحمه الله : (والرضاع الذي لا يشك في تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً) . في هذه المسألة مسألتان :

أحدها

٦٤١٤

أن الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً هذا الصحيح في المذهب . وروى هذا عن عائشة وابن مسعود ، وابن الزبير ، وعطاء ، وطاوس . وهو قول الشافعي . وعن أحمد رواية ثانية : أن قليل الرضاع وكثيره يحرم . وروى ذلك عن علي ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومكحول ، والزهري ، وقتادة ، والحكم ، وحداد ، ومالك ، والأوزاعي ، والثوري ، والليث ، وأصحاب الرأي . وزعم الليث : أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد ما يغير به الصائم . واحتجوا بقوله تعالى : (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ) ^(٢) ، وقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » .

وعن عقبة بن الحارث : « أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء . فقالت : قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما ؟ » متفق عليه ، ولأن ذلك فعل يتعلق به تحريم مؤبد ، فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ، ولا يلزم اللعان لأنه قول .

والرواية الثالثة : لا يثبت التحريم إلا بثلاث رضعات . وبه قال أبو ثور ، وأبو عبيد ، وداود ، وابن المنذر ، أقول لنبي صلى الله عليه وسلم : « لا تحرم المصّة ، ولا المصتان » ، وعن أم الفضل بنت الحارث قالت : قال نبي الله صلى الله عليه وسلم : « لا تحرم الإملاجة^(١) ولا الإملاجتان » ، رواها مسلم ولأن ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث ، وروى عن حفصة : « لا يحرم دون عشر رضعات » وروى ذلك عن عائشة ، لأن عروة روى في حديث سهلة بنت سهيل ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما بلغنا : « أرضعيه^(٢) عشر رضعات فيحرم بلبنها » .

وجه الأولى ماروى عن عائشة أنها قالت : أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ، فذهب من ذلك خمس ، وصار إلى خمس رضعات معلومات يحرم من ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم والأمر على ذلك . رواه مسلم . وروى مالك ، عن الزهري ، عن عروة ، عن عائشة ، عن سهلة بنت سهيل ، أرضعني سائماً خمس رضعات ، فيحرم بلبنها والآية فسرتها السنة ويثبت الرضاعة المحرمة وصريح مارويناه يخص^(٣) مفهوم ماروه ، فنجمع بين الأخبار ، ونحملها على الصريح الذي رويناه .

فصل

٦٤١٥

وإذا وقع الشك في وجود الرضاع أو في عدد الرضاع المحرم ، هل كلاً أولاً ؟ لم يثبت التحريم ، لأن الأصل عدمه ، فلا نزول عن اليقين بالشك ، كما لو شك في وجود الطلاق وعدده .

(١) الإملاجة : الإرضاعة الواحدة مثل المصّة ، وفي القاموس ملج الصبي أن كنصر وسمع : تناسول ثديها بأدنى فمه ، وامتلاج اللبن : امتصه ، وأملجه : أرضعه ، والمليج : الرضيع (ف)

(٢) المشهور : أرضعني خمس رضعات ، وقد أخرجه أحد عن عروة عن عائشة كما في مسند أحمد ج ٦ ص ٢٠١ وموطأ مالك ج ٢ ص ٤٤ نعم . ورد في موطأ مالك ج ٢ ص ٤٣ . عن نافع أن سالم بن ابن عبد الله بن عمر أخبره أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به ، وهو يرضع إلى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق فقالت : أرضعني عشر رضعات حتى يدخل على . .

والأمر بالعشر منها زيادة في المحوط لأن المشهود عنها أن العشر نسخت بخمسي . (ف)

(٣) في ١٢ : يخص .

المسألة الثانية

٦٤١٦

أن تكون الرضعات متفرقات ، وبهذا قال الشافعي . والمرجع في معرفة الرضعة إلى العرف ، لأنّ الشرع ورد بها مطلقاً ، ولم يحدّها بزمن ولا مقدار ، فدل ذلك على أنه ردهم إلى العرف ، فإذا ارتضع الصبي وقطع قطعاً بيناً باختياره ، كان ذلك رضعة أخرى ، فأما إن قطع لضيق نفس ، أو للانتقال من ثدي إلى ثدي ، أو شيء يلهيه ، أو قطعت عليه المرضعة ، نظرنا . فإن لم يعد قريباً فهي رضعة ، وإن عاد في الحال ففيه وجهان .

أحدهما : أن الأولى رضعة ، فإذا عاد فهي رضعة أخرى ، وهذا اختيار أبي بكر . وظاهر كلام أحد في رواية حنبل ، فإنه قال : أما ترى الصبي يرتضع من الثدي ، فإذا أدركه النفس أمسك من الثدي ليتنفس أو أو يستريح ، فإذا فعل ذلك فهي رضعة ، وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد فسكانت رضعة ، وإن عاد كالمو قطع باختياره .

والوجه الآخر : أن جميع ذلك رضعة ، وهو مذهب للشافعي ، إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ، ففيه وجهان . لأنه لو حلف لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة فاستدام الأكل زمناً ، أو قطع لشرب الماء ، أو انتقال من لون إلى لون ، أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام لم يعد إلا أكلة واحدة ، فكذا هاهنا ، والأول أصح ، لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة ، فكذا هذا .

مسألة

٦٤١٧

قال : ﴿ والسعوط كالرضاع وكذلك الوجور ﴾ .

معنى السعوط : أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره ، والوجور : أن يصب في حلقه صباً من غير الثدي . واختلفت الرواية في التحريم بهما ، فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبي ، والثوري ، وأصحاب الرأي . وبه قال مالك في الوجور .

والثانية : لا يثبت بهما التحريم ، وهو اختيار أبي بكر ، ومذهب داود ، وقول طائفة الخراساني في السعوط ، لأن هذا ليس برضاع ، وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ، لأنه حصل من غير ارتضاع ، فأشبهه ما لو دخل من جرح في بدنه .

ولنا : ما روى ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم : « لا رضاع إلا ما أنشأ العظم ، وأثبت اللحم » ، رواه أبو داود . ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ، ويحصل به من إنبات اللحم وإنشأ العظم ما يحصل من الارتضاع . فيجب أن يساويه في التحريم ، والأنف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلاً للتحريم كالرضاع بالنم .

٦٤١٨

فصل

ولأنما يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع ، وهو خمس في الرواية المشهورة ، فإنه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه ، فإن ارتضع وكل الخمس بسعوط أو وجور ، أو استعطأ أو أوجر وكل الخمس برضاع ، ثبت التحريم ، لأننا جملناه كالرضاع في أصل التحريم ، فكذلك في إكمال العدد ، ولو حلبت في إناء دفعة واحدة ، ثم سقته غلاماً في خمسة أوقات ، فهو خمس رضعات ، فإنه لو أكل من طعام خمس أكالات متفرقات لكان قد أكل خمس أكالات . وإن حلبت في إناء حلبات في خمسة أوقات ، ثم سقته دفعة واحدة ، كان رضعة واحدة ، كالأكل من الطعام في إناء واحد في خمسة أوقات ، ثم أكله دفعة واحدة كان أكلة واحدة . وحكى عن الشافعي قول في الصورتين عكس ما قلنا ، اعتقاراً بخروجه منها ، لأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه .

ولنا : أن الاعتبار بشرب الصبي له ، لأنه المحرم ، ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ، ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ثم سجه لم يثبت التحريم ، فكان الاعتبار به ، وما وجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة ، وإن سقته في أوقات ، فقد وجد في خمس أوقات فكان خمس رضعات . فأما إن سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة ، فظاهر قول الخرق أنه رضعة واحدة ، لاعتباره خمس رضعات متفرقات ، ولأن المرجع في الرضعة إلى العرف ، وهم لا يمدون هذا رضعات ، فأشبه ما لو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة ، فإنه لا يمدد أكالات . ويعتدل أن يخرج على ما إذا قطعت عليه المرضة الرضاع على ما قدمنا .

٦٤١٩

فصل

وإن عمل اللبن جيناً ثم أطعمه الصبي ثبت به التحريم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يحرم به ، لزوال الاسم ، وكذلك على الرواية التي تقول لا يثبت التحريم بالوجور ، لا يثبت همها بطريق الأولى .

وانما : أنه واصل من الحلق يحصل به إنبات اللحم ، وإنشاز اللحم ، فحصل به التحريم ، كما لو شربه .

٦٤٢٠

فصل

فأما الحقنة فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحد أنها لا تحرم ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك . وقال ابن حامد ، وابن أبي موسى : تحرم ، وهذا مذهب الشافعي ، لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر ، فعملت به التحريم كالرضاع .

ولنا : أن هذا ليس برضاع ، ولا يحصل به التغذية ، فلم ينشر الحرمة ، كما لو قطر في إحليله ، ولأنه ليس برضاع ، ولا في معناه ، فلم يحز إنبات حكمه فيه ، ويفارق فطر الصائم ، فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم ، ولا إنشاز العظم ، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم ، ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق ، أشبه ماله وصل من جرح .

مسألة

٦٤٢١

قال : ﴿ واللبن المشوب كالحض ﴾ .

المشوب : المختلط بغيره ، والحض : الخالص الذي لا يخالطه سواء ، وسوى الخرق بينهما ، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو بكر : قياس قول أحد أنه لا يحرم ، لأنه وجور ، وحكى عن ابن حامد أنه قال : إن كان الغالب اللبن حرم ، وإلا فلا ، وهو قول أبي ثور ، والمزني ، لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم المعنى المراد به ، ونحو هذا قول أصحاب الرأي وزادوا فقالوا : إن كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام ، أو حتى تغير ، فليس برضاع .

ووجه الأول أن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ، ويحصل منه إنبات اللحم وإنشاز العظم ، فحرم كما لو كان غالباً . وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم ، لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التغذية ، ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم . وحكى من القاضى : أن التحريم يثبت به ، وهو قول الشافعي ، لأن أجزاء اللبن حصص في طئه ، فأشبهه ماله كان لونه ظاهراً .

ولنا : أن هذا ليس برضاع ولا في معناه ، فوجب ألا يثبت حكمه فيه .

فصل

٦٤٢٢

وإن حاب من نسوة وسُقيِه^(١) الصبي فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن ، لأنه لو شيب بماء أو عسل لم يخرج من كونه رضاعاً محرماً ، فكذلك إذا شيب بلبن آخر .

مسألة

٦٤٢٣

قال : ﴿ ويحرم لبن الميعة كما يحرم لبن الحية ، لأن اللبن لا يموت ﴾ .

المقصود من أحد في رواية إبراهيم الحربي أنه ينشر الحرمة ، وهو اختيار أبي بكر ، وهو قول أبي ثور ، والأوزاعي : وابن القاسم ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال الخلال : لا ينشر الحرمة ،

وتوقف عنه أحد في رواية مهنا ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه ابن ممن ليس بمحل للولادة ، فلم يتعلق به التحريم كلبن الرضيع .

ولنا : أنه وجد الارتضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم ، من امرأة ، فأثبت التحريم ، كما لو كانت حية ، ولأنه لا فارق بين شربه في حياتها وموتها ، إلا الحياة والموت أو النجاسة ، وهذا لا أثر له ، فإن اللبن لا يموت ، والنجاسة لا تمتنع ، كما لو حلب في وعاء نجس ، ولأنه لو حلب منها في حياتها فشر به بعد موتها لنشر الحرمة ، وبقاؤه في ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة ، لأن ثديها لا يزيد على الإناء في عدم الحياة ، وهي لا تزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة .

فصل

٦٤٢٤

ولو حلبت المرأة لبنها في إناء ، ثم ماتت ، فشر به صبي نشر الحرمة في قول كل من جعل الوجور محرماً ، وبه قال أبو ثور ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم ، وذلك لأنه لبن امرأة في حياتها ، فأشبهه مالهو شر به وهي في الحياة .

مسألة

٦٤٢٥

قال : (وإذا حملت ممن يلحق نسب ولدها به ، فثاب لها لبن ، فأرضعت به طفلاً خمس رضعات متفرقات ، في حولين ، حرمت عليه ، وبناته من أبي هذا الحمل ، ومن غيره ، وبنات أبي هذا الحمل منها ، ومن غيرها ، وإن أرضعت صبياً فقد صارت ابنة لها ولزوجها ، لأن اللبن من الحمل الذي هو منه) .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا حملت من رجل ، وثاب لها لبن ، فأرضعت به طفلاً رضاعاً محرماً ، صار للطفل الرضيع ابناً للرضعة بغير خلاف . وصار أيضاً ابناً لمن ينسب الحمل إليه فصار في التحريم وإباحة الخلوة ابناً لها وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادها . وإن نزلت درجاتهم ، وجميع أولاد الرضعة من زوجها ومن غيره ، وجميع أولاد الرجل الذي انسب الحمل إليه من الرضعة ومن غيرها إخوة المرتضع وأخواته ، وأولاد أولادها أولاد إخوته . وأخواته ، وإن نزلت درجاتهم .

وأُم الرضعة جدته ، وأبوها جده ، وأخوتها أخواله ، وأخواتها خالاته ، وأبو الرجل جده ، وأمه جدته وإخوته أعمامه ، وإخواته عماته ، وجميع أقاربهما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب ، لأن اللبن الذي ثاب المرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة ، فنشر التحريم إليهما ، ونشر الحرمة إلى الرجل . وإلى أقاربه ، وهو الذي يسمى لبن للفعل . وفي التحريم به اختلاف ذكرناه في باب ما يحرم نسكاحه . والجمع بينه والحجبه القاطعة فيه ما روت عائشة : « أن أفلح

أخا أبي القعيس استأذن على بعد ما أنزل الحجاب ، فقالت : والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ، ولكن أرضعني امرأة أبي القعيس ، فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعني امرأته ، قال : ائذني له ، فإنه عمك تربت يمينك » قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول : « حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب » . متفق عليه .

وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين ، فأرضعت إحداها جارية ، والأخرى غلاماً ، هل يتزوج الغلام بالجارية ؟ فقال : لا ، إلا بإجماع واحد » . قال مالك : اختلف قديماً في الرضاعة من قبل الأب ، وزُيِّلَ برجال من أهل المدينة في أزواجهم ، منهم محمد بن المنكدر ، وابن أبي حبيبة ، فاستفتوا في ذلك ، فاختلف عليهم ، فافرقوا زوجاتهم . فأما المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده . وإن نزلوا ، ولا تنتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ، ولا إلى أعلى منه ، كأبيه وأمه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته ، فلا يحرم على المرتضة نكاح أبي الطفل المرتضع ، ولا أخيه ولا عمه ولا خاله ، ولا يحرم على زوجها نكاح أم الطفل المرتضع ولا أخته ، ولا عمته ولا خالته . ولا بأس أن يتزوج أولاد المرتضة وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته . قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وإنما الرضاع بين الجارية وأخته .

إذا ثبت هذا فإن من شرط تحريم الرضاع أن يكون في الحولين . وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى نحو ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبي هريرة ، وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم ، سوى عائشة ، وإليه ذهب الشعبي ، وابن شبرمة ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، ورواية عن مالك . وروى عنه إن زاد شهراً جاز ، وروى شهران . وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع في ثلاثين شهراً ، لقوله سبحانه : « وَحَلَهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا » ^(١) ، ولم يرد بالحل حمل الأحشاء ، لأنه يكون سنتين ، فعلم أنه أراد الحمل في الفصال . وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين ، وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرم . وروى هذا عن عطاء ، والليث ، وداود ، لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت : « يا رسول الله ، إنا كنا نرى سالماً ولداً ، فكان يأوى معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ، ويراني فضلي ، وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت ، فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه . فأرضعته خمس رضعات ، فكان بمنزلة ولدها ، فبذلك كانت عائشة تأخذ ، تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها [أن] يرضعن من أحببت عائشة أن يراها ويدخل عليها . وإن كان كبيراً خمس رضعات . وأبت ذلك أم سلمة ، وسائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ،

(١) سورة الاحتماف آية ١٥ .

أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع في المهد ، وقلن لمائشة : والله ما ندرى أعلمها رخصة من النبي صلى الله عليه وسلم لسالم دون الناس ؟ » . رواه النسائي ، وأبو داود وغيرهما .

وانا : قول الله تعالى : (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)^(١) فجعل تمام الرضاعة حولين ، فيدل على أنه لاحق لها بعدها ، وعن عائشة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظرون من إخوانكن ، فإنما الرضاعة من الجاعة » . متفق عليه ، وعن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء ، وكان قبل الفطام » . أخرجه الترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح ، وعند هذا يتعين حل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس ، كما قال سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم . وقول أبي حنيفة يحكم بخالف ظاهر الكتاب ، وقول الصحابة . فقد روينا عن علي وابن عباس : أن المراد بالحل حمل البطن ، وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى : « وَفِصَالَهُ فِي سَامَيْنِ »^(٢) فلو حل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية .

إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ، فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ولو لم يفظم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدها قبل الفطام لم يثبت التحريم ، وقال ابن القاسم صاحب مالك : لو ارتضع بعد الفطام في الحولين لم تحرم عليه لقوله عليه السلام « وكان قبل الفطام » .

ولنا قول الله تعالى : (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ) وروى عنه عليه السلام : « لا رضاع إلا ما كان في الحولين » . والفطام معتبر بمدته لا بنفسه قال أبو الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم ، وقال القاضى لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كملها لم يثبت التحريم . ولا يصح هذا ، لأن ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم ، بدليل ما لو انفصل مما بعده ، فلا ينبغي أن يسقط حكم بإبصال ما لا أثر له به ، واشترط الخرق في نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذى تاب اللبن بوطئه : أن يكون لبن حل ينسب إلى الواطئ ، إما لكون الوطئ في نكاح أو ملك يمين ، أو شبهة .

فأما لبن الزانى ، أو النافى المولد باللمان ، فلا ينشر الحرمة بينهما فى مفهوم كلام الخرق . وهو قول أبي عبد الله بن حامد ، ومذهب الشافعى ، وقال أبو بكر عبد العزيز : تنشر الحرمة بينهما ، لأنه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى فى ذلك مباحه ومحظوره كالوطئ ، يحققه أن الواطئ حصل منه لبن وولد ، ثم

إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطيء ، كذلك الابن ، ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فنشرها إلى الواطيء ، كصورة الإجماع .

ووجه القول الأول : أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة ، فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها ، ويفارق تحريم ابنته من الزنا ، لأنها من نطفته حقيقة ، بخلاف مسألتنا . ويفارق تحريم المصاهرة فإن التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب ، ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب ، وتحريم الرضاع مبنى على النسب ، ولهذا قال عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . فأما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ، ومنسوب إليها عند الجميع ، وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع ، كما في الرضاع بالابن المباح . وإن كان المرتضع جارية حرمت على المملأع بغير خلاف أيضاً ، لأنها ربيبتها ، فإنها بنت امرأته من الرضاع ، وتحرم على الزاني عند من يرى تحريم المصاهرة ، وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الفلمان لذلك .

فصل

٦٤٢٦

وإذا وطئ رجلان امرأة ، فأنت بولد ، فأرضعت بلبنه طفلاً ، صار ابناً لمن ثبت نسب المولود منه ، سواء ثبت نسبه منه بالقافة أو بغيرها ، وإن ألحقته القافة بهما صار المرتضع ابناً لها ، فالمرتضع في كل موضع تبع للمناسب ، فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله ، وإن اتقى المناسب عن أحدهما فالمرتضع مثله ، لأنه بلبنه ارتضع ، وحرمة فرع على حرمة ، وإن لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهما ونحو ذلك حرم عليهما تغليباً للحظر ، لأنه يحتمل أن يكون منهما ، ويحتمل أن يكون أحدهما ، فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر ، وقد اختلطت أخته بغيرها ، فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ، ثم اختلطت بأجنبيات .

وإن اتقى عنهما جميعاً بأن تأتى به لدون ستة أشهر من وطئهما أو لأكثر من أربع سنين أو لدون ستة أشهر من وطئ أحدهما أو لأكثر من أربع سنين من وطئ الآخر اتقى المرتضع عنهما أيضاً . فإن كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة ، ويحرم أولادها عليهما أيضاً لأنها ابنة موطوءتهما فهي ربيبة لهما .

فصل

٦٤٢٧

ولا تنتشر الحرمة بغير ابن لأدمية بحال ، فلو ارتضع اثنان من لبن هيمية لم يصيرا أخوين في قول عامة أهل العلم منهم الشافعي ، وابن القاسم ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولو ارتضعا من رحل^(١) لم

(١) اقتراض عيب لا ندري كيف يكون .

بصيرا أخوين ، ولم تنقشر الحرمة بينهما . في قول عامتهم . وقال السكرايبي : يتعلق به التحريم ، لأنه ابن آدمي ، أشبهه ابن الأدمية وحكى عن بعض السلف : أنهما إذا ارتضعا من ابن بهيمة صارا أخوين وليس بصحيح ، لأن هذا يتعلق به تحريم الأمومة ، فلا يثبت به تحريم الأخوة ، لأن الأخوة فرع على الأمومة ، وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة لذلك ، ولأن هذا الابن لم يخاق اغذاء للولود ، فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام .

فإن ثاب خلفي مشكل ابن لم يثبت به التحريم ، لأنه لم يثبت كونه امرأة ، فلا يثبت التحريم مع الشك . وقال ابن حامد : يقف الأمر حتى ينكشف أمر الخلفي ، فعلى قوله يثبت التحريم إلا أن يبين كونه رجلا لأنه لا يأمن كونه محرماً .

فصل

٦٤٢٨

وإن ثاب لامرأة ابن من غير وطء ، فأرضت به طفلا نشر الحرمة في أظهر الروايتين ، وهو قول ابن حامد ، ومذهب مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ، وكل من يحفظ عنه ابن المنذر ، أقول الله تعالى : «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ»^(١) ، ولأنه ابن امرأة فتعلق به التحريم كالو ثاب بوطء ، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال ، فإن كان هذا نادراً^(٢) فجنسه معتاد . والرواية الثانية : لاتنشر الحرمة ، لأنه نادر لم تجر العادة به لتغذية الأطفال فأشبهه ابن الرجال ، والأول أصح .

فصل

٦٤٢٩

إذا كان لرجل خمس أمهات أولاد ، له منهن ابن ، فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة ، لم يصرن أمهات له ، وصار المولى أباً له ، وهذا قول ابن حامد ، لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات .

وفيه وجه آخر : لانثبت الأبوة ، لأنه رضاع لم يثبت الأمومة ، فلم يثبت الأبوة كالارتضاع بابن الرجل . والأول أصح ، فإن الأبوة إنما تثبت لسكونه رضع من لبنه ، لالسكون للرضعة أمماً له ، ولأصحاب الشافعي وجمان كهذين . وإذا قلنا بثبوت الأبوة حرمت عليه الرضعات ، لأنه ريبيهن ، وهن موطوءات أبيه ، وإن كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلاً كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له ، وهل يصير الرجل جدّاً له وأولاده أخوالاً له وخالات ؟ على وجهين :

أحدهما : يصير جدّاً ، وأخوهن خالاً ، لأنه قد كل للمرتضع خمس رضعات من ابن بناته ، أو أخواته ، فأشبهه ما لو كان من واحدة .

(١) سورة النساء آية ٢٣ . (٢) أي : در لبن المرأة دون حمل .

والآخر : لا يثبت ذلك ، لأن كونه جداً ، فرع كون ابنته ، أما ، وكونه خالا فرع كون أخته أما ، ولا يثبت ذلك ، فلا يثبت الفرع . وهذا الوجه يترجح في هذه المسألة ، لأن الفرعية متعققة ، بخلاف التي قبلها .

فإن قلنا : يصير أخوهن خالاً لم تثبت الخثولة في حق واحدة منهن ، لأنه لم يرتفع من ابن أخواتها خمس رضعات ، ولكن يحتمل التحريم ، لأنه قد اجتمع من اللبن المحرم خمس رضعات . ولو كحل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين .

فصل

٦٤٣٠

إذا كان لامرأة ابن من زوج ، فأرضعت طفلاً ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر ، فصار لها منه لبن ، فأرضعت منه الصبي رضعتين صارت أمّاً له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرّمات ، ولم يصّر واحد من الزوجين أباً له ، لأنه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ، ويحرم على الرجلين أن يكونا ربيهما لا يكونا ولدهما .

مسألة

٦٤٣١

قال : ﴿ ولو طلق زوجته ثلاثاً ، وهي ترضع من لبن ولده ، فتزوجت بصبي مريض فأرضعته فحرمت عليه ، ثم تزوجت بآخر : ودخل بها ووطئها ، ثم طلقها أو مات عنها ، لم يجز أن يتزوجها الأول ، لأنها صارت من حلائل الأبناء ، لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به ﴾ .

هذه المسألة من فروع المسألة التي قبلها ، وهو : أن المراضع بصير ابناً للرجل الذي ثاب اللبن بوطئه ، فهذه المرأة لما تزوجت صديقاً ثم أرضعته بلبن مطلقها صار ابناً لمطلقها ، فحرمت عليه لأنها أمه وبانت منه ، وكانت زوجة له فصارت زوجة لابن مطلقها فحرمت على الأول على التأييد لكونها صارت من حلائل أبنائه . ولو تزوجت امرأة صديقاً فوجدت به عيباً ففسخت نكاحه ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه ابن فأرضعت به الصبي خمس رضعات حرمت على زوجها لأنها صارت من حلائل أبنائه . ولو زوج الرجل أم ولده أو أمته بصبي مملوك فأرضعته بلبن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه ، وحرمت على سيدها على التأييد ، لأنها صارت من حلائل أبنائه ، فإن كان الصبي حراً لم يتصور هذا الفرع ، ولم^(١) يصح^(٢)

(١) عبارة الشرح الكبير ج ٩ ص ٢١٨ أُرِضِح ونصها : فإن كان الصبي حراً لم يتصور هذا الفرع عندنا لأنه لا يصح نكاحه إلخ ، (ف)

(٢) في المطبوعة : ولم يصح .

نكاحه ، لأن من شرط جواز نكاح الحر الأمة خوف العنت ، ولا يوجد ذلك فى الطفل ، فإن زوج بها كان النكاح فاسداً وإن أرضعته لم تحرم على سيدها لأنه ليس بزواج فى الحقيقة .

فصل

٦٤٣٢

وإذا طلق الرجل زوجته ولها منه ابن ، فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال .
أحدها : أن يبقى ابن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ، ولم تلد من الثانى ، فهو للأول ، سواء حملت من الثانى أو لم تحمل ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأن الابن كان للأول ، ولم يتجدد ما يجمعه من الإنسان ، فبقى للأول .

الثانى : ألا تحمل من الثانى ، فهو للأول ، سواء زاد أو لم يزد ، أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع .
والثالث : أن تلد من الثانى ، فالابن له خاصة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، سواء زاد أو لم يزد ، انقطع أو اتصل ، لأن ابن الأول ينقطع بالولادة من الثانى ، فإن حاجة المولود إلى الابن تمنع كونه لغيره .

الحال الرابع : أن يكون ابن الأول باقياً ، وزاد بالحل من الثانى ، فالابن منهما جميعاً فى قول أصحابنا . وقال أبو حنيفة : هو للأول ما لم تلد من الثانى .

وقال الشافعى : إن لم ينته الحمل إلى حال ينزل منه الابن فهو للأول ، فإن بلغ إلى حال ينزل به الابن فزاد به ففيه قولان . أحدهما : هو للأول ، والثانى : هو لها .

ولنا : أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنها منه ، وبقاء ابن الأول يقتضى كون أصله منه فيجب أن يضاف إليهما كما لو كان الولد منهما .

الحال الخامس : انقطع من الأول ، ثم تاب بالحمل من الثانى ، فقال أبو بكر : هو منهما . وهو أحد أقوال الشافعى ، إذا انتهى الحمل لإحالة ينزل به الابن ، وذلك لأن الابن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر أن ابن الأول ثابت بسبب الحمل الثانى فكان مضافاً إليهما ، كما لو لم ينقطع . واختار أبو الخطاب أنه من الثانى ، وهو القول الثانى للشافعى ، لأن ابن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه ، وحدث بالحمل من الثانى ، فكان له كما لو يكن لها ابن من الأول . وقال أبو حنيفة : هو للأول ما لم تلد من الثانى ، وهو القول الثالث للشافعى ، لأن الحمل لا يقتضى الابن ، وإنما يخلق الله تعالى للولد عند وجوده حاجته إليه والكلام عليه قد سبق .

مسألة

٦٤٣٣

قال : (ولو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة فى الحولين حرمت

عليه الكبيرة ، وثبت نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعاً ، ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة .

نص أحمد على هذا كله ، وفي هذه المسألة فصول أربعة :

٦٤٣٤ الفصل الأول

أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها ، فسد نكاح الكبيرة في الحال ، وحرمت على التأبيد . وهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الأوزاعي : نكاح الكبيرة ثابت ، وتنزع منه الصغيرة ، وليس بصحيح ، فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، فتحرم أبداً ، لقول الله سبحانه : « وأمهات نسائكم » ولم يشترط دخوله بها ، فأما الصغيرة ففيها روايتان

إحداهما : نكاحها ثابت ، لأنها ربيبة ، ولم يدخل بأمها ، فلا تحرم لقول الله سبحانه : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم »^(١) .

والرواية الثانية : يفسخ نكاحها ، وهو قول الشافعي ، وأبي حنيفة ، لأنهما صارتا أمًا وبنتًا ، واجتمع عليهما نكاحه ، والجمع بينهما محرم ، فأنسخ نكاحهما كما لو صارتا أختين ، وكذا لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً .

ولنا : أنه أمكن لإزالة الجمع بإفساخ نكاح الكبيرة ، وهي أولى به ، لأن نكاحها محرم على التأبيد ، فلم يبطل نكاحهما به ، كما لو ابتداء العقد على أخته وأجنبية ، ولأن الجمع طرأ على نكاح الأم والبنت ، فاختص الفسخ بنكاح الأم ، كما لو أسلم وتحت امرأته وبنتها ، وفارق الأختين ، لأنه ليست إحداهما أولى بالفسخ من الأخرى ، وفارق ما لو ابتداء العقد عليهما ، لأن الدوام أقوى من الابتداء .

٦٤٣٥ الفصل الثاني

أنه إن كان دخل بالكبيرة حرمتا جميعاً على الأب^(٢) ، وأنسخ نكاحهما ، لأن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، والصغيرة ربيبة قد دخل بأمها ، فتحرم تحريمًا مؤبداً ، وإن كان الرضاع بلبنه صارت الصغيرة بنتاً محرمة عليه لوجهين ، لكونها بنته وربيبته التي دخل بأمها .

(١) سورة النساء آية ٢٣ .

(٢) في ١٨ : على التأبيد .

❦ الفصل الثالث ❦

٦٤٣٦

أن عليه نصف مهر الصغيرة ، لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها ، وانفسخ إذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه ولا مهر للكبيرة إن لم يكن دخل بها ، لأنفسخ نكاحها بسبب من جهتها ، فسقط صداقها كما لو ارتدت . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه خلافاً . وإن كان دخل بالكبيرة لم يسقط مهرها ، لأنه استقر بدخوله بها استقراً لا بسقطه شيء ، ولذلك لا يسقط بردها ولا بغيرها .

❦ الفصل الرابع ❦

٦٤٣٧

أنه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة ، وبهذا قال الشافعي ، وحكى عن بعض أصحابه : أنه يرجع بجميع صداقها ، لأنها أتلفت البضع ، فوجب ضمانه ، وقال أصحاب الرأي : إن كانت المرضة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق ، وإلا فلا يرجع بشيء ، وقال مالك : لا يرجع بشيء . ولنا : على أنه يرجع عليها بالنصف : أنها قررت عليه ، وألزمته إياه ، وأتلفت عليه مافي مقابله ، فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع .

ولنا على أبي حنيفة : أن ماضن في العمد ضمن في الخطأ كالمال ، ولأنها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق ، فلزمها ضمانه كما لو قصدت الإفساد .

ولنا على أن الزوج إنما يرجع بالنصف : أن الزوج لم يغرم إلا النصف ، فلم يجب له أكثر مما غرم ، ولأنه بالفسخ يرجع إياه بدل النصف الآخر . فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له . وإنما ضمنّت المرضة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضاً للسقوط بسبب وجود من الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته .

❦ فصل ❦

٦٤٣٨

والواجب نصف المسمى لانصف مهر المثل لأنه إنما يرجع بما غرم والذي غرم نصف ما فرض لها فرجع به ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يرجع بنصف مهر المثل لأنه ضمان متلف . فكان الاعتبار بقيمته دون مامله به كسائر الأعيان .

ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل مالهو قتلت نفسها أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه ، فإنها لا تنرم له شيئاً . وإنما الرجوع ههنا بما غرم ، فلا يرجع بغيره ، ولأنه لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله ، ولم يختص بنصفه ، لأن المتلف لم يختص بالنصف ، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذا ههنا .

فصل

٦٤٣٩

وكل امرأة تحرم ابنتها إذا أرضعت زوجها الصغيرة أفست نسكاحه وحرمتها عليه ، ولزوما نصف الصداق ، فإن أرضعتها أمه صارت أخته ، وإن أرضعتها جدته صارت عمته أو خالقه ، وإن أرضعتها أخته صارت بنت أخته ، وكل امرأة تحرم بنت زوجها إذا أرضعتها بابن زوجها حرمتها عليه وعليها نصف مهرها . كاسرة ابنه ، وامرأة أبيه ، وامرأة أخيه ، وامرأة جده ، لأنها إن أرضعتها امرأة أبيه بلبنه صارت أخته ، وإن أرضعتها امرأة ابنه صارت بنت ابنه ، وإن أرضعتها امرأة أخيه صارت بنت أخيه ، وإن أرضعتها امرأة جده بلبنه صارت عمته أو خالقه ، وإن أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بابن غيره لم تحرم عليه ، لأنها صارت ربيبة زوجها ، وإن أرضعتها من لا تحرم بنتها كعمته وخالقه لم تحرمها عليه .

ولو تزوج ابنة عمه فأرضعت جدتها أحدهما صغيراً انفسخ النكاح ، لأنها إن أرضعت الزوج صار عم زوجها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمه ، وإن أرضعتها جميعاً صار كل واحد منهما عم الآخر ، وإن تزوج بنت عمته فأرضعت جدتها أحدهما صغيراً انفسخ النكاح ، لأنها إن أرضعت الزوج صار خالاً لها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته ، وإن تزوج ابنة خاله فأرضعت جدتها الزوج صار هم زوجها ، وإن تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجها ، وإن أرضعتها صارت خالة زوجها .

فصل

٦٤٤٠

وإن تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت صغيرة بلبنه صارت بنتاً له ، وإن أرضعتها بابن غيره صارت ربيبة ، فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد ، وإن كان لم يدخل بها لم تحرم لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، وإن تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعتها امرأة حرمت للرضعة على التأبيد لأنها من أمهات نسائه ، وإن تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة ، وانفسخ نسكاحها ، وإن كان لم يدخل بها فلا مهر لها ، وله نسكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأبيد ، وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فأرضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ، ثبت نسكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها حرمت الصغيرة ، وانفسخ نسكاحها ، ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها ، وإن طلقها جميعاً فالحكم في التحريم على ماضى .

ولو تزوج رجل كبيرة ، وآخر صغيرة ، ثم طلقها ، ونسكح كل واحد منهما زوجة الآخر ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة ، حرمت عليهما الكبيرة ، وانفسخ نسكاحها ، وإن كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه ، وانفسخ نسكاحها ، وإلا فلا .

٦٤٤١

فصل

وإن أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة فالحكم في التحريم والفسخ حكم ما لو أرضعتها الكبيرة ، لأنها صارت جدتها ، والرجوع بالصداق على المرضعة التي أفسدت النكاح ، وإن أرضعتها أم الكبيرة انفسخ نكاحها معها ، لأنها صارتنا أختين ، فإن كان لم يدخل بالكبيرة فله أن يفسخ من شاء منهما ، ويرجع على المرضعة بنصف صداقهما ، وإن كان قد دخل بالكبيرة فله نكاحها ، لأن الصغيرة لأعدة عليها ، وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضى عدة الكبيرة ، لأنها قد صارت أختها ، فلا ينكحها في عدتها ، وكذلك الحكم إن أرضعتها جدة الكبيرة ، لأنها نصير عمة الكبيرة ، أو خالتها ، والجمع بينهما محرم ، وكذلك الحكم إن أرضعتها أختها ، أو زوجة أخيها بلبنة ، لأنها صارت بنت أخت الكبيرة ، أو بنت أخيه ، وكذلك إن أرضعتها بنت أخيها أو بنت أختها ، ولا يحرم في شيء من هذا واحدة ممنهن على القابض ، لأنه تحريم جمع إلا إذا أرضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بأماها .

٦٤٤٢

فصل

ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع قبل الدخول غرم نصف صداقها ، وإن كان بعد الدخول فنفس أحمد على أنه يرجع عليه بالمهر كله ، وهو مذهب الشافعى ، لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فترجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها .

والصحيح إن شاء الله تعالى : أنه لا يرجع على المرضعة بعد الدخول بشيء ، لأنها لم تقرر على الزوج شيئاً ، ولم تلزمه إياه ، فلم يرجع عليها شيء ، كما لو أفسدت نكاح نفسها ، ولأنه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط إذا كانت المرأة هي المفسدة للنكاح كالنصف قبل الدخول ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما ذكرناه فيما مضى ، ولذلك لا يجب مهر للمثل ، وإنما يرجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول ، لأنها قررتة عليه ، ولذلك يسقط إذا كانت هي المفسدة لنكاحها ، ولم يوجد ذلك ههنا . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل إما أن يكون رجوعه ببذل البضع الذى فوتته ، أو بالمهر الذى أداه ولا يجوز أن يكون ببذل البضع ، لأنه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة إذا فأت بفعاء أو بقتلها ، ولما كان الواجب لها مهر مثلاً . ولا يجوز أن يجب له بدل ما أداه إليها لذلك ، ولأنها ما أوجبته ولا لها أثر في إيجابه ولا أدائه وتقريره .

ولا نعلم بينهم خلافاً في أنها إذا أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول أنه لا يسقط مهرها ولا يرجع عليها بشيء إن كان أداه إليها ، ولا في أنها إذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط صداقها ، وأنه يرجع عليها بما أعطاه ، فلو دبت صغيرة إلى كبيرة فارتضعت منها خمس رضعات وهى نائمة ، وهما زوجتا رجل

انفسخ نكاح الكبيرة ، وحرمت على التأيد ، فإن كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ، ولا مهر للصغيرة لأنها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ، ولا يرجع به على ما اخترناه ، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به على مال الصغيرة لأنها فسخت نكاحها ، وإن ارتضعت للصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ثم انتبعت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعلها ، فبعض الواجب عليهما ، وعليه مهر الكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة يرجع به على الكبيرة ، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة ، وهل ينفسخ نكاح الصغيرة ؟ على روايتين .

فصل

٦٤٤٣

وإن أفسد النكاح جماعة تقسط المهر عليهم ، فلو جاء خمس فسقين زوجة صغيرة من ابن أم الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ، ولزمهن نصف مهرها بينهما ، فإن سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثاً فعلى الأولى الخمس : وعلى الثانية خمس وعشر ، وإن سقتها واحدة شربتين وسقاها ثلاثاً ثلاث شربات فعلى الأولى الخمس ، وعلى كل واحدة من الثلاث عشر ، وإن كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن في إناء وسقيته الصغيرة ، حرم الكبار وانفسخ نكاحهن ، فإن لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على إحدى الروايتين ، وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ، ترجع به على ضربتها ، لأن فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلها ، فسقط ما قبل فعلها ، وهو سدس الصداق ، وبقي عليه الثلث ، فرجع به على ضربتها ، فإن كان صداقهن متساوياً سقط ولم يجب شيء ، لأنه يتقاص ما لها على الزوج ، بما يرجع به عليها ، إذ لا فائدة في أن يجب لها عليه ما يرجع به عليها ، وإن كان مختلفاً وهو من جنس واحد تقاصاً منه بقدر أقلامها ، ووجبت الفضلة به لأصحابها ، وإن كان من أجناس ثبت التراجع على ما ذكرنا .

وإن كان قد دخل بإحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضاً ، وانفسخ نكاحها ، ووجب لها نصف صداقها ، ترجع به عليهن أثلاثاً . ولاتي دخل بها المهر كاملاً ، وفي الرجوع به ما سلفناه من الخلاف ، وإن حلبن في إناء فسقته إحداهن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضرباتها يرجع به عليها إن كان قبل الدخول بهن ، لأنها أفسدت نكاحهن وبسقط مهرها إن لم يكن دخل بها ، وإن كان دخل بها فلها مهرها ، ولا ترجع به على أحد وإن كانت كل واحدة من الكبار أرضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث فإن كان لم يدخل بهن فلا مهر لمن عليه ، وإن كان دخل بهن : فعليه لكل واحدة مهرها لا يرجع به على أحد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الأولى لأنها التي حرمتها عليه وفسخت نكاحها ، ولو أرضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين صارت بنتاً

لزوجها في الصحيح وينفسخ نكاحها ، ويرجع بنصف صداقها عليهن ، على المرضعتين الأوليين منه أربعة أخماسه ، وعلى الثالثة خمسة لأن رضعتها الأولى حصل بها التحريم لسبب الحمل بها والثانية لأن الرضا لها في التحريم فلم يجب عليها بها شيء ولا ينفسخ نكاح الأكبر لأنهن لم يهرن أمهات لها ، ولو كان لأمراته الكبيرة خمس بنات لمن ابن فأضمن أمراته الصغيرة رضاعاً نصير به لإحداهن أما لها حرمت أمها وانفسخ نكاحها وهل ينفسخ نكاح الصغيرة ؟ على روايتين ، وإن أرضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضعة فالصحيح أن الكبيرة لا تحرم بهذا لأن كونها جدة يبنى على كون ابنتها أما وما صارت واحدة من بناتها أما ويحتمل أن تحرم لأنه قد كمل لها من بناتها خمس رضعات ، وكذلك الحكم لو أرضعتها بناتها رضعة ، وبنت ابنها رضعة ، وبنت بناتها ثلاث رضعات ، ولو كمل لها من زوجته بابنه ومن أمه وأخته وابنته وابنه ابنه خمس رضعات فعلى الوجهين أصحهما : لا يثبت تحريمها وفي الآخر يثبت فعلى هذا الوجه ينفسخ نكاحها ويرجع عليهن بما غرم من صداقها على قدر رضاعهن .

فإن قيل : فلم لا يرجع عليهن على عدد رؤوسهن ، ليكون الرضاع مفسداً فيستوى قليله وكثيره ، كما لو طرح النجاسة جماعة في مائع في حالة واحدة ؟ قلنا : لأن التحريم يتعلق بعدد الرضعات ، فكان الضمان متعلقاً بالعدد بخلاف النجاسة فإن النجاسة لا يتعلق بقدر فيستوى قليله وكثيره ليعكون القليل والكثير سواء في الإفساد فنظير ذلك أن يشرب في الرضعة من إحداها أكثر مما يشرب من الأخرى .

فصل

٦٤٤٤

إذا كانت له زوجة أمة فأرضعت أمراته الصغيرة فحرمتها عليه وفسخ نكاحها ، كان مألزماً من صداق الصغيرة له في رقبة الأمة ، لأن ذلك من جفائيتها ، وإن أرضعتها أم ولده أفسدت نكاحها وحرمتها عليه ، لأنها ريبة دخل بأمرها ، وتحرم أم الولد عليه أبداً ، لأنها من أمهات نسائه ولا غرامة عليها ، لأنها أفسدت على سيدها . فإن كان قد كاتبها رجع عليها لأن المكاتبة يلزمها أرش جفائيتها وإن أرضعت أم ولده امرأة ابنه بلبنه ففسخت نكاحها ، وحرمتها عليه لأنها صارت أخته ، وإن أرضعت زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه لأنها صارت بنت ابنه ، ويرجع الأب على ابنه بأقل الأسرين مما غرمه لزوجته أو قيمتها ، لأن ذلك من جفائة أم ولده ، وإن أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها ، لأن كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده .

مسألة

٦٤٤٥

قال : ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين ، فأرضعت الكبيرة الصغيرتين ، حرمت عليه الكبيرة ،

وانفسخ نكاح الصغيرتين ، ولا مهر عليه للكبيرة ، ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين ، وله أن يفسخ من شاء منهما .

وأما تحريم الكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء ، وأما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما صارتا أختين واجتمعتا في الزوجية ، فينفسخ نكاحهما كما لو أرضعتا معاً ، ولا مهر للكبيرة لأن الفساد جاء من قبلها ، ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين لأنها أفست نكاحهما ، وله أن يفسخ من شاء منهما ، لأن انفساخ نكاحهما للجمع ، ولا يوجب تحريماً مؤكداً . وهذا على الرواية التي قلنا إنها إذا أرضعت الصغيرة اختص الفسخ بالكبيرة ، فأما على الرواية التي تقول : يفسخ نكاحهما معاً فإنه يثبت نكاح الأخيرة من الصغيرتين ، لأن الكبيرة لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحهما ، ثم أرضعت الأخرى فلم تجتمع معهما في النكاح ، فلم يفسخ نكاحهما . فأما إن كان دخل بالكبيرة حرمت ، وحرمت الصغيرتان على التأبيد ، لأنهما ريبتان قد دخل بأمرهما .

فصل

٦٤٤٦

فإن أرضعت الصغيرتين أجنبية انفسخ نكاحهما ، وهذا قول أبي حنيفة ، والمزني ، وأحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : يفسخ نكاح الأخيرة وحدها ، لأن سبب البطلان حصل بها ، وهو الجمع فأشبهه ما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى .

ولنا : أنه جامع بين بين الأختين في النكاح فانفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهم معاً . وفارق ما لو عقد على واحدة بعد الأخرى ، فإن عقد الثانية لم يصح فلم يضر به جامعاً بينهما ، وهذا حصل الجمع برضاع الثانية . ولا يمكن القول بأنه لم يصح ، فحصلت معاً في نكاحه وهما أختان لا محالة .

فصل

٦٤٤٧

وإن أرضعتهم بنت الكبيرة فالحكم في الفسخ كما لو أرضعتها الكبيرة نفسها ، لأن الكبيرة نصير جدة لها ، ولكن الرجوع يكون على المرضعة المفسدة لنكاحهن .

مسألة

٦٤٤٨

قال (١) وإن كن الأصاغر^(١) ثلاثاً فأرضعتهم منفردات ، حرمت الكبيرة ، وانفسخ نكاح المرضعتين ، أولاً ، وثبت نكاح آخرهن رضاعاً ، فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنين بعد ذلك معاً حرمت

(١) في ١٨ ، ٢٩ : كان الأصاغر ، وفي ٢١ : كان الصغيرات ، في الفقرة كلها .

الكبيرة ، وانفسخ نكاح الأصغر ، وتزوج من شاء من الأصغر وإن كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الأبد .

إنما حرمت الكبيرة لأنها صارت من أمهات النساء ، وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً لأنهما صارتا أختين في نكاحه ، وثبت نكاح الأخيرة لأن رضاعها بعد انفساخ نكاح الصغيرتين اللتين قبلها ، فلم يصادف إخوتها جميعاً في النكاح .

وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معاً ، بأن تلقم كل واحدة منهما ندياً ، فقيمة هان معاً أو تحاب من لبنها في إناء فتسقيهما ، انفسخ نكاح الجميع ، لأنهن صرن أخوات في نكاحه ، وله أن يتزوج من شاء من الأصغر ، لأن تحريمهن تحريم جمع ، لا تحريم تأييد . فإنهن ربائب لم يدخل بأمن . وإن دخل بالكبيرة حرم الكل على الأبد^(١) ، لأنهن ربائب مدخول بأمن . هذا على الرواية الأولى ، وعلى الأخرى : لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة لأنها صارت أمها ، واجتمعنا في نكاحه ، ثم ارتضعت الثانية ، فلم ينفسخ نكاحها ، لأنها منفردة بالرضاع في النكاح فلما أرضعت الثالثة صارتا أختين فانفسخ نكاحهما .

فصل

٦٤٤٩

فإن أرضعتن بنت الكبيرة فهو كما لو أرضعتن أمها ولو كان لها ثلاث بنات فأرضعت كل واحدة منهن زوجة من الأصغر ، حرمت الكبيرة بالرضاع أولاً ، ويرجع على مرضعتها بما لزمه من مهرها ، لأنها أفسدت نكاحها ، ولا ينفسخ نكاح الأصغر ، لأنهن لم يهرن أخوات ، وإنما هن بنات خالات . وعلى الرواية الأخرى ينفسخ نكاح المرضعة الأولى لاجتماعها مع جدتها في النكاح ، ويثبت نكاح الأخيرتين ، ويرجع بما لزمه من مهر التي فسد نكاحها على التي أرضعتها . وإن كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الأبد ، ورجع على كل واحدة بما لزمه من مهر التي أرضعتها . وإن قلنا : إنه يرجع بمهر الكبيرة رجع به على المرضعة الأولى ، لأنها التي أفسدت نكاحها .

مسألة

٦٤٥٠

قال () وإذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النكاح إذا كانت مرضية ، وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : إن كانت مرضية استعلفت . فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ندياها ، وذهب في ذلك إلى قول ابن عباس رضي الله عنهما .

وجملة ذلك أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع إذا كانت مرضية ، وبهذا قال طاوس ،

والزهري ، والأوزاعي ، وابن أبي ذئب ، وسعيد بن عبد العزيز . وعن أحمد رواية أخرى : لا يقبل إلا شهادة امرأتين ، وهو قول الحكم ، لأن الرجال أكل من النساء ، ولا يقبل إلا شهادة رجلين ، فالنساء أولى . وعن أحمد رواية ثالثة : أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتستحلف مع شهادتها ، وهو قول ابن عباس ، وإسحاق ، لأن ابن عباس قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله فقال : « إن كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته ، وقال إن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثديها » ، بمعنى يصيبها فيهما برص ، عقوبة على كذبها . وهذا لا يقتضيه قياس ، ولا يهتدى إليه رأى ، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفاً . وقال عطاء ، وقتادة ، والشافعي : لا يقبل من النساء أقل من أربع ، لأن كل امرأتين كرجل . وقال أصحاب الرأي : لا يقبل فيه إلا رجلان ، أو رجل وامرأتان . وروى ذلك عن عمر ، لقول الله تعالى : « وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ » ^(١) .

ولنا : ما روى عقبة بن الحارث قال : « تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكم ، فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » . متفق عليه وفي لفظ رواه الذئبي قال : « فأثبته من قبل وجهه ، فقلت : إنها كاذبة . قال : كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكم ؟ خل سبيلها » . وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة .

وقال الزهري : فرّق بين أهل أبيات في زمن عثمان رضي الله عنه بشهادة امرأة في الرضاع . وقال الأوزاعي : فرّق عثمان بين أربعة وبين نسائهم بشهادة امرأة في الرضاع . وقال الشعبي : كانت القضاة تفرق بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع . ولأن هذا شهادة على عورة فقبل فيها شهادة النساء المفردات كالولادة وعلى الشافعي بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المفردات فقبل فيه شهادة المرأة المفردة كالخبر .

فصل

٦٤٥١

ويقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حيث عقبة من أن الأمة السوداء قالت قد أرضعتكم فقبل النبي صلى الله عليه وسلم شهادتها ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا تدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها به كفعل غيرها . فإن قيل : فإنها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرماً ، قلنا ليس هذا من الأمور المقصودة التي ترد بها الشهادة ، ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلاناً طلق زوجته وأعتق أمته قبل شهادتهما وإن كان يحل لهما نكاحهما بذلك .

٦٤٥٢

فصل

ولا تقبل الشهادة على الرضاع إلا مفسرة، فلو قالت أشهد أن هذا ابن هذه الرضاع يقبل لأن الرضاع الحرام يختلف الناس فيه، منهم من يحرم بالقليل ومنهم من يحرم بعد الحولين، فلزم الشاهد تبين كيفية ليحكم الحاكم فيه باجتهاده فيحتاج الشاهد أن يشهد أن هذا ارتضع من ثدي هذه خمس رضعات متفرقات خلص اللبن فيهن إلى جوفه في الحولين. فإن قيل: خلوص اللبن إلى جوفه لا طريق له إلى مشاهدته، فكيف تجوز الشهادة؟ قلنا: علم أن هذه المرأة ذات لبن ورأى الصبي قد التقم ثديها، وحرك فيه في الامتصاص، وحلقه في الاجتراع، حصل ظن يقرب إلى اليقين أن اللبن قد وصل إلى جوفه، وما يمتذر الوقوف عليه بالمشاهدة اكتفى فيه بالظاهر، كالشهادة بالملك، وثبوت الدين في الدمة، والشهادة على النسب بالاستفاضة.

ولو قال الشاهد: أدخل رأسه تحت ثيابها والتقم ثديها، لا يقبل، لأنه قد يدخل رأسه ولا يأخذ الثدي، وقد يأخذ الثدي ولا يعص، فلا بد من ذكر ما يدل عليه. وإن قال: أشهد أن هذه أرضعت هذا فالظاهر أنه يمكن في ثبوت أصل الرضاع، لأن المرأة التي قالت: قد أرضعتك، اكتفى بقولها.

٦٤٥٣

مسألة

قال: (وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول: هي أختي من الرضاعة انفسخ النكاح، فإن صدقته المرأة فلا مهر لها، وإن كذبت فله نصف المهر).

وجهاته أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا قال: وهمت، أو أخطأت، قبل قوله، لأن قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح، ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ههنا.

ولما: أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه، كما لو أقر بالطلاق ثم رجع، أو أقر أن أمته أخته من النسب، وما قاسوا عليه غير مسلم، وهذا الكلام في الحكم، فأما فيما بينه وبين ربه فينبى ذلك على علمه بصدقه، فإن علم أن الأمر كما قال فهي محرمة عليه، ولا نكاح بينهما، وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله، وقوله كذب لا يحرمها عليه، لأن الحرم حقيقة الرضاع لا القول، وإن شك في ذلك، لم نزل عن اليقين بالشك. وقيل في حلمه إذا علم كذب نفسه روايتان، والصحيح ما قلناه، لأن قوله ذلك إذا كان كذباً لم يثبت التحريم كما لو قال وهي أكبر منه هي ابنتي من الرضاعة.

إذا ثبت هذا فإنه إن كان قبل الدخول وصدقه المرأة فلا شيء لها ، لأنها اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله لا يستحق فيه مهر . فأشبهه ما لو ثبت ذلك ببينة . وإن أ كذبه فائقول قولها ، لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها ، فلزمه إقراره فيما هو حق له ، وهو تحريمها عليه وفسخ نكاحه ، ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر .

فصل

٦٤٥٤

فإن قال : هي عمتي ، أو خالتي ، أو ابنة أخي ، أو أختي ، أو أمي من الرضاع ، وأمكن صدقه ، فالحكم فيه كما لو قال : هي أختي ، لأنه لم يمكن صدقه مثل أن يقول لأصغر منه أو لثله : هي أمي ، أو لأكبر منه أو لثله : هذه ابنتي ، لم تحرم عليه . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : تحرم عليه لأنه لإقرار^(١) بما يحرمها عليه فوجب أن يقبل كما لو أمكن .

ولما : أنه أقر بما تحقق كذبه فيه ، فأشبهه ما لو قال : أرضعتني وإياها حواء ، أو كما لو قال : هذه حواء . وما ذكره منتقض بهذه الصور وبفارق ما إذا أمكن ، فإنه لا يتحقق كذبه ، والحكم في الإقرار بقربته من النسب تحريمها عليه كالحكم في الإقرار بالرضاع لأنه في معناه .

فصل

٦٤٥٥

إذا ادعى أن زوجته أخذه من الرضاع فأنكرته ، فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما ، لأن شهادة الواندة لولدها والوالد لولده غير مقبولة ، وإن شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت ، وعنه لا يقبل بناء على شهادة الوالد على ولده ، والوالد على والده ، وفي ذلك روايتان . وإن ادعت ذلك المرأة وأنكره الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل ، وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته فعلى روايتين .

مسألة

٦٤٥٦

قال ﴿ وإن كانت المرأة هي التي قالت : هو أخي من الرضاعة فأ كذبها ولم تأت بالبينة على ما وصفت فهي زوجته في الحكم ﴾ .

وجملته : أن المرأة إذا أقرت أن زوجها أخوها من الرضاعة فأ كذبها لم يقبل قولها في فسخ النكاح لأنه حق عليها ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأنها تقر بأنها لا تستحقه ، فإن كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها ، لأنه يقر بأنه حق لها ، وإن كان بعد الدخول ، فأقرت أنها كانت عالة بأنها أخته وتحریمها عليه ومطوعة له في الوطاء ، فلا مهر لها أيضاً ، لإقرارها بأنها زانية مطوعة . وإن أنكرت

(١) في ١٨ : لأنه أقر .

شيئاً من ذلك فإما المهر ، لأنه وطء بشبهة ، وهى زوجته فى ظاهر الحكم ، لأن قولها عليه غير مقبول ، فأما فيما بينها وبين الله تعالى فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمسكه من وطئها ، وعليها أن تفر منه وتفقدى نفسها بما أمكنها ، لأن وطأها لها زنا ، فعليها التخلص منه مهما أمكنها ، كما قلنا فى التى علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً وجعلها ذلك .

وينبى أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأسمين من المسمى أو مهر المثل ، لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قولها فى وجوب زائد عليه ، وإن كان الأقل مهر المثل لم تستحق أكثر منه ، لاعترافها بأن استحقاقها له بوطئها لا بالعقد ، فلا تستحق أكثر منه . وإن كان إقرارها بأخوته قبل النكاح لم يحز لها نكاحه ، ولا يقبل رجوعها عن إقرارها فى ظاهر الحكم ، لأن إقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها ، فقبل إقرارها على نفسها بتحريمه عليها ، وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره ، وأمكن صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك فى ظاهر الحكم وأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبى على علمه بحقيقة الحال على ما ذكرناه .

فصل

٦٤٥٧

وإن ادعى أحد الزوجين على الآخر أنه أقر أنه أخو صاحبه من الرضاع فأنكر لم يقبل فى ذلك شهادة للنساء المفردات ، لأنها شهادة على الإقرار والإقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه إلى شهادة النساء المفردات ، فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه .

فصل

٦٤٥٨

كره أبو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات ، وقال عمر بن الخطاب ، وعمر بن عبد العزيز ، رضى الله عنهما : اللبى يشقبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ، ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن ، ولأن لبين الفاجرة ربما أففى إلى شبه المرضعة فى الفجور ، ويجعلها أما لولده ، فيتمبر بها ، ويقضّر طبعاً وتميراً ، والارتضاع من المشركة يجعلها أما لها حرمة الأم مع شركها ، وربما مال إليها فى محبة دينها ، ويكره الارتضاع بلبن الحقاء كيلا يشبهها الولد فى الحق ، فإنه يقال إن الرضاع بغير الطباع . والله تعالى أعلم .

كتاب النفقات

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُئْتِفِقْ بِمَا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا)^(١) ومعنى قدر عليه : أى ضيق عليه ، ومنه قوله سبحانه : (يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ)^(٢) أى يوسع على من يشاء ويضيق على من يشاء ، وقال الله تعالى : (قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ ، وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ)^(٣) .

وأما السنة فما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال : « اتقوا الله في النساء ، فإنهن عَوَانٌ عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم وأبو داود ، ورواه الترمذى بإسناده عن عمرو بن الأحوص قال : « ألا إن لكم على نسائكم حقاً ، والنساء لكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم فلا يُوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن » . وقال هذا حديث حسن صحيح . وجاءت هند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : « يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدى . فقال : خذى ما يكفيك وولديك بالمعروف » متفق عليه . وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وأن ذلك مقدر بكفايتها وأن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم ، وأن ذلك بالمعروف ، وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه .

وأما الإجماع فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الماشر منهن . ذكره ابن المنذر وغيره ، وفيه ضرب من العبرة ، وهو أن المرأة محبوسة على الزوج بنعمها من القصر والاكسباب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده .

مسألة

٦٤٥٩

قال أبو القاسم رحمه الله تعالى : ﴿ وعلى الزوج نفقة زوجته ما لا غناء بها عنه وكسوتها ﴾ . وجملة الأمر : أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكل ومشروب وملبوس ومسكن . قال أصحابنا : ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً ، فإن كانا

(٢) سورة الشورى آية ١٣

(١) سورة الطلاق آية ٧

(١) سورة الاحزاب آية ٥٠

موسرين فلها عليه نفقة الموسرين ، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين ، وإن كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين . وإن كانا أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان للموسر . وقال أبو حنيفة ومالك : يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها ، لقول الله تعالى : (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)^(١) والمعروف : الكفاية ، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة ، والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لمند : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فاعتبر كفايتها دون حالها زوجها ، ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها ، فكان الاعتبار بما تدفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه ، كنفقة المالك ، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر ، فكان معتبراً بها كمهرها وكسوتها . وقال الشافعي : الاعتبار بحال الزوج وحده ، لقول الله تعالى : (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُفْقِرْ ثُمَّ آتَاهُ اللَّهُ لَبِاسًا لَّا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا)^(٢) ولذا : أن فيما ذكرناه جمعاً بين الدليلين وعملاً بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فيكون أولى .

فصل

٦٤٦٠

والنفقة مقدرة بالكفاية ، وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال القاضي : هي مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة ، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر ، اعتباراً بالكفارات . وإنما يختلفان في صفته وجودته لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكل ، وفيما تقوم به البنية ، وإنما يختلفان في جودته ، فكذلك النفقة الواجبة . وقال الشافعي : نفقة المقر مدّة بمدة النبي صلى الله عليه وسلم ، لأن أقل ما يدفع في الكفارة إلى الواحدة مد ، والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل فقال سبحانه : (مِن أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ)^(٣) وعلى الموسر مدان ، لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مدان في كفارة الأذى . وعلى المتوسط مد ونصف ، ونصف نفقة الموسر ، ونصف نفقة الفقير .

ولذا : قول النبي صلى الله عليه وسلم لمند : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ، فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير ، ورد الاجتهاد في ذلك إليها . ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينعصر في المدين بحيث لا يزيد عنهما ، ولا ينقص ، ولأن الله تعالى قال : (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)^(٤) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وإيجاب

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣

(٢) سورة الطلاق آية ٧

(٣) سورة المائدة آية ٨٩

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٣

أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف ، وإيجاب قدر الكفاية وإن كان أقل من مد أو من رطلى خبز إنفاق بالمعروف ، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة . واعتبار النفقة بالكفارة في القدر لا يصح ، لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإفسار ، ولا هي مقدرة لكفارة ، وإنما اعتبرها الشرع بها^(١) في الجنس دون القدر ، ولهذا لا يجب فيها الأدم .

فصل

٦٤٦١

ولا يجب فيها الحب وقال الشافعي : الواجب فيها الحب اعتباراً بالإطعام في الكفارة ، حتى لو دفع إليها دقيقاً أو سويقاً أو خبزاً لم يلزمها قبوله ، كما لا يلزم ذلك للمسكين في الكفارة . قال بعضهم يحىء على قول أصحابنا . أنه لا يجوز وإن تراضيا ، لأنه بيع حنطة بجنسها متفاضلا .

ولنا : قول ابن عباس في قوله تعالى : « من أوسط ما تطعمون أهليكم »^(٢) . قال الخبز والزيت ، وعن ابن عمر : الخبز والسمن ، والخبز والزيت ، والخبز والتمر . ومن أفضل ما تطعمونهن الخبز واللحم . ففسر إطعام أهل الخبز مع غيره من الأدم ، ولأن الشرع ورد بالإنفاق مطلقاً من غير تقييد ولا تقدير ، فوجب أن يرد إلى العرف كما في القبض والإحراز . وأهل العرف إنما يتعارفون فيما بينهم في الإنفاق على أهليهم الخبز والأدم دون الحب ، والنبي صلى الله عليه وسلم وصحابته إنما كانوا ينفقون ذلك دون ما ذكره ، فكان ذلك هو الواجب . ولأنها نفقة قدرها الشرع بالكفاية ، فكان الواجب الخبز كنفقة العبد ، ولأن الحب يحتاج فيه إلى طحنه وخبزه ، فتن احتاجت إلى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته .

وفارق الإطعام في الكفارة ، لأنها لا تتقدر بالكفاية ، ولا يجب فيها الأدم . فعلى هذا لو طلبت مسكان الخبز دراهم أو حباً أو دقيقاً أو غير ذلك لم يلزمه بدله ، ولو عرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لأنها معارضة ، فلا يجبر واحد منهما على قبوله^(٣) كالبيع . وإن تراضيا على ذلك جاز . لأنه طعام وجب في الذمة لآدمي معين ، فجازت المماوضة عنه كالطعام في القرض .

وفارق الطعام في الكفارة ، لأنه حق الله تعالى ، وليس هو لآدمي معين فيرضى بالمعوض عنه . وإن أعطاه مسكان الخبز حباً أو دقيقاً جاز إذا تراضيا عليه ، لأن هذا ليس بمماوضة حقيقة ، فإن الشارع لم يعتبر الواجب بأكثر من الكفاية ، فبأى شيء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب ، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف لترجيحه بكونه القوت المعتاد .

(١) أى بالكفارة . (٢) سورة المائدة آية ٨٩ .

(٣) في ١٨ : على قبولها فالضمير عائد على المعاوضة .

٦٤٦٢

فصل

ويرجع في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيه -أعلى شيء- فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والأدم، فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالها، والمعمرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد، والمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه -لكل أحد على حسب حاله على ما جرت به العادة في حق أمثاله، وكذلك الأدم للموسرة تحت الموسر، قدر حاجتها من أرفع الأدم من اللحم والأرز والابن وما يطبخ به اللحم، والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه، السمن في موضع، والزيت في آخر، والشيرج في آخر، والمعمرة تحت المعسر من الأدم أدونه كالباقلا والخل والبقل والسكرامخ وما جرت به عادة أمثالهم، وما يحتاج إليه من الدهن والمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والأدم كل على حسب عادته.

وقال الشافعي: الواجب من جنس قوت البلدة لا يختلف باليسار والإعسار سوى المقدار والأدم هو الدهن خاصة، لأنه أصالح للأبدان وأجود في المؤنة، لأنه لا يحتاج إلى طبخ وكلفة، ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد، كالزيت بالشام، والشيرج بالعراق، والسمن بخراسان، ويعتبر قدر الأدم بالقوت. فإذا قيل إن الرطل تكفية الأوقية من الدهن فرض ذلك، وفي كل جمعة رطل لحم. فإن كان في موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئاً، وذكر للقاضي في الأدم مثل هذا. وهذا مخالف لقول الله تعالى: «لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله»^(١) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: «ولمن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» ومتى أنفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته، ولا رزقها بالمعروف. وقد فرق الله عز وجل بين الموسر والمعسر في الإنفاق، وفي هذا جمع بين ما فرق الله تعالى، وتقدير الأدم بما ذكره نحكم لادليل عليه، وخلاف العادة والعرف بين الناس في إنفاقهم، فلا يرجع على مثل هذا، وقد قال ابن عمر: من أفضل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم. والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم، في حق الموسر والمعسر والمتوسط، كما ردناهم في الكسوة إلى ذلك. ولأن النفقة من مؤنة المرأة على الزوج. فاختلف جنسها بالإيسار والإعسار كالكسوة.

٦٤٦٣

فصل

وحكم المسكاتب والعبد حكم المعسر لأنهما ليس بأحسن حالا منه. ومن نصفه حر إن كان موسراً -فحكمه حكم المتوسط لأنه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر.

فصل

٦٤٦٤

ويجب للمرأة ما تحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والسدر أو نحوه مما تفسل به رأسها وما يعود بنظافتها لأن ذلك يراد للتنظيف فمكان عليه كما أن على المستأجر كنس الدار وتنظيفها . فأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه لأنه يراد للزينة ، وإن طلبه منها فهو عليه ، وأما الطيب فما يراد منه لقطع السهوك^(١) كدواء العرق لزمه ، لأنه يراد للطيب ، وما يراد منه للقلذ والاستمتاع لم يلزمه ، لأن الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعو إليه . ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجره الطيب ، لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه ، كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار ، وحفظ أصولها ، وكذلك أجره الحجام والفاصد .

فصل

٦٤٦٥

وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم ، لما ذكرنا من النصوص ، ولأنها لا بد منها على الدوام ، فلزمته كالنفقة ، وهي معتبرة بكفايتها ، وليست مقدرة بالشرع كما قلنا في النفقة ، ووافق أصحاب الشافعي على هذا ، ويرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم ، ففرض لها على قدر كفايتها على قدر يسرها وعسرها . وما جرت عادة أمثالها به من الكسوة ، فيجتهد الحاكم في ذلك عند نزول الأمر ، كمنحو اجتهاده في المتعة المطلقة ، وكما قلنا في النفقة .

فيفرض الموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والخز والإبريسم ، والموسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان ، وللمتوسطة تحت المتوسط : المتوسط من ذلك فأقل ما يجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ، ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه ، مما لا غنى عنه ، دون ما لا يتجمل والزينة ، والأصل في قول الله عز وجل : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »^(٢) ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « ولهن عليهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . والكسوة بالمعروف هي : الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسها ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم له « خذي ما يَكْفِيكِ وولديك بالمعروف » .

فصل

٦٤٦٦

وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته . فإن كانت ممن

(١) السهوك : ريح كريهة تجدها من عرق أو نحوه ذلك (ف)

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣

عادته النوم في الأكسية والبساط^(١) فعليه لها انقومها ماجرت عادتهم به ، ولجلوسها بالنهار البساط والزلي^(٢) والحصير الرفيع أو الخشن ، اللوسر على حسب إيساره^(٣) ، والمفسر على قدر إيساره على حسب العوائد .

فصل

٦٤٦٧

ويجب لها مسكن بدليل قوله سبحانه وتعالى : « أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ »^(٤) فإذا وجبت السكنى المطلقة فالتى في صلب النكاح أولى . قال الله تعالى : « وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ »^(٥) ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ، ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستقار عن العيون ، وفي التصرف والاستمتاع ، وحفظ المتاع : ويكون المسكن على قدر يسارها وإيسارها لقول الله تعالى : « مِنْ وَجْدِكُمْ »^(٦) ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام ، مجرى النفقة والكسوة .

فصل

٦٤٦٨

فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها السكونها من ذوى الأقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله تعالى : « وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ »^(٧) : ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادماً ، ولأنه مما تحتاج إليه في الدوام فأشبه النفقة ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لأن المستحق خدمتها في نفسها ، ويحصل ذلك بواحد ، وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى إلا أن مالكاً قال : إن كان لا يصلح المرأة إلا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من واحد ، ونحوه قال أبو ثور : إذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين .

ولنا : أن الخادم الواحد يكفيها نفسها ، والإضافة تزداد لحفظ ملكها ، أو لتعجل وليس عليه ذلك . إذا ثبت هذا : فلا يكون الخادم إلا ممن يحل له النظر إليها ، إما امرأة ، وإما ذورحم محرم ، لأن الخادم يلزم^(٨) الخدم في غالب أحواله ، فلا يسلم من النظر ، وهل يجوز أن يكون من أهل الكتاب ؟ فيه وجهان . الصحيح منهما جوازه ، لأن استخدامهم مباح ، وقد ذكرنا فيما مضى أن الصحيح لإباحة النظر لهم .

(١) في ١٨ : وعلى البسط .

(٢) الأولى : جاء في الروض المربع ج ٢ ص ١٧٢ . قال : وزلى : أى بساط ، وعليه فهو عطاف مرادف ، بما اشتهر على الألسن وهو لفظ غير عربى .

(٣) في ٣٩ : على حسب يساره .

(٥) سورة النساء آية ١٩ .

(٤) سورة الطلاق آية ٦

(٧) سورة النساء آية ١٩ .

(٦) سور الطلاق آية ٦

(٨) في ١٨ ، ٣٩ يلزم المخدم .

والثاني : لا يجوز ، لأن في إباحة نظره اختلافاً ، وتماثهم النفس ، ولا ينفقون من النجاسة ، ولا يلزم الزوج أن يملكها خادماً ، لأن المقصود الخدمة ، فإذا حصلت من غير تملكها جاز كما أنه إذا أسكنها داراً بأجرة جاز ، ولا يلزمه تملكها مسكناً ، فإن ملكها الخادم فقد زاد خيراً ، وإن أخدمها من يلزم خدمتها من غير تملكها جاز ، سواء كان له أو استأجره حراً كان أو عبداً ، وإن كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز ، وإن طلبت منه أجرة خدمتها فوافقها جاز ، وإن قال : لا أعطيك أجر هذا ، ولكن أنا آتيك بخادم سواء ، فله ذلك إذا أتاها بمن يصاح ، وإن قالت أنا أخدم نفسي وآخذ أجر الخادم لم يلزم الزوج قبول ذلك ، لأن الأجر عليه ، فتعيين الخادم إليه ، ولأن في إخدمتها توفيرها على حقوقه ، وتزويجها ، ورفع قدرها ، وذلك يفوت بخدمتها لنفسها ، وإن قال الزوج : أنا أخدمك بنفسى لم يلزمها ، لأنها تحشمه ، وفيه غضاضة عليها ، لأن زوجها خادماً ، وفيه وجه آخر أنه يلزمها الرضى به ، لأن الكفاية تحصل به .

فصل في

٦٤٦٩

وعلى الزوج نفقة الخادم ومؤنته^(١) من الكسوة والنفقة مثل ما لامرأة العسر ، إلا أنه لا يجب لها المشط والدهن لرأسها والسدر ، لأن ذلك يراد للزينة والتنظيف ، ولا يراد ذلك من الخادم ، لكن إذا احتاجت إلى خف انتخرج إلى شراء الخوانج لزمه ذلك .

مسألة

٦٤٧٠

قال : ﴿ فإن منعها ما يجب لها أو بعضه ، وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف ، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم لهند حين قالت : إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدى ؟ فقال : « خذى ما يكفيك وولدي بالمعروف » 》 .

وجملته : أن الزوج إذا لم يدفع إلى امرأته ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة : أو دفع إليها أقل من كفايتها ، فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه بإذنه وبغير إذنه ، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى ما يكفيك وولدي بالمعروف » . وهذا إذن لها في الأخذ من ماله بغير إذنه ورد لها إلى اجتهداها في قدر كفايتها وكفاية ولدها ، وهو مقنول لأخذ تمام الكفاية ولا يتممها لها ، فرخص النبي صلى الله عليه وسلم لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه ، لأنه موضع حاجة فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها . فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها ، فرخص لها في أخذ قدر نفقتها دفعاً لحاجتها ، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً ، فتشقى المرافعة إلى الحاكم والمطالبة

(١) في ١٨ : ومؤنتها .

بها في كل الأوقات ، فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي عليه .

وذكر القاضى بينها وبين الدين فرقاً آخر : وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ، ما لم يكن فرضها لها ، فلو لم تأخذ حقها أفضى إلى سقوطها والإضرار بها بخلاف الدين ، فإنه عند أحمد بترك المطالبة ، فلا يؤدي ترك الأخذ إلى الإسقاط .

٦٤٧١

فصل

ويجب عليه دفع نفقتها إليها في صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس ، لأنه أول وقت الحاجة ، فإن اتفقا على تأخيرها جاز ، لأن الحق لها ، فإذا رضيت بتأخيرها جاز كالدين ، وإن اتفقا على تعجيل نفقة عام أو شهر أو أقل من ذلك أو أكثر أو تأخيرها جاز لأن الحق لها لا يخرج عنهما ، فجاز من تعجيله وتأخيرها ما اتفقا عليه كالدين ، وليس بين أهل العلم خلاف في هذا خلاف ما علمناه .

فإن سلم إليها نفقة يوم ثم ماتت فيه لم يرجع عليها بها ، لأنه دفع إليها ما وجب عليه دفعه إليها ، وإن أبانها بعد وجوب الدفع إليها لم تسقط نفقتها فيه ، ولها مطالبة بها ، لأنها قد وجبت ، فلم تسقط بالطلاق كالدين ، وإن مجل لها نفقة شهر أو عام ثم طلقها أو ماتت قبل انقضائه ، أو بانت بفسخ أو إسلام أحدها أو رده ، فله أن يسترجع نفقة سائر الشهر ، وبه قال الشافعى ، ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف لا يسترجعها ، لأنها صلة ، فإذا قبضتها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع .

ولنا : أنه سلم إليها النفقة سلفاً عما يجب في الثاني ، فإذا وجد ما يمنع الوجوب ثبت الرجوع كالو لو أسلفها إيها فنشزت ، أو مجل الزكاة إلى الساعى فتلف ماله قبل الحول . وقولهم إنها صلة : قلنا : بل بل هي عوض عن التمكن وقد فات التمكن ، وذكر القاضى أن زوج الوثنية والمجوسية إذا دفع إليها نفقة سنتين ثم بانت بإسلامه ، فإن لم يكن أعلمها أنها نفقة مجملها لم يرجع عليها ، لأن الظاهر أنه تطوع بها ، وإن أعلمها بذلك انبنى على معجل الزكاة إذا علم التقير أنها زكاة معجلة ، ثم تلف المال . وفي الرجوع بها وجهان كذلك همنا .

وكذلك يذنبى أن يكون في سائر الصور مثل هذا ، لأنه تبرع بدفع مالا يلزمه من غير إعلام الآخذ بتعجيله ، فلم يرجع به كمعجل الزكاة ، ولو سلم إليها نفقة اليوم فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها لأنه برىء من الواجب بدفعه ، فأشبهه ما لو تلفت الزكاة بعد قبض الساعى لها ، أو الدين بعد أخذ صاحبه له .

٦٤٧٢

فصل

وإذا دفع إليها نفقة فلها أن تتعريف فيها بما أحببت من الصدقة والهبة والمماوضة ما لم يعد ذلك

عليها بضرر في بدنها ، وضعف في جسمها ، لأنه حق لها ، فلها التصرف فيه بما شاءت كالمهر ، وليس لها التصرف فيها على وجه يضر بها ، لأن فيه تقويت حقها منها ، ونقصاً في استمتاعها بها .

فصل

٦٤٧٣

وعليه دفع الكسوة إليها في كل عام مرة لأنها العادة ويكون الدفع إليها في أوله ، لأنه أول وقت الوجوب فإن بليت الكسوة في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه أن يدفع إليها كسوة أخرى ، لأن ذلك وقت الحاجة إليها ، وإن بليت قبل ذلك لسكثرة دخولها وخروجها أو استعمالها لم يلزمه إبدالها ، لأنه ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة في العرف . وإن مضى الذي تبلى في مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبلى ، فهل يلزمه بدلا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه بدلا ، لأنها غير محتاجة إلى الكسوة .

والثاني : يلزمه ، لأن الاعتبار بمضى الزمان دون حقيقة الحاجة ، بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلا .

ولو أهدى إليها كسوة لم تسقط كسوتها ، وإن أهدى إليها طعاماً^(١) فأكلته وبقي قوتها إلى الغد لم يسقط قوتها فيه ، وإن كساها ثم طلقها قبل أن تبلى فهل له أن يسترجعها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لأنه دفعها للزمان المستقبل ، فإذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع إليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها .

والثاني : ليس له الاسترجاع ، لأنه دفع إليها الكسوة بعد وجوبها عليه ، فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع إليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها ، بخلاف النفقة المستقبلية .

فصل

٦٤٧٤

وإذا دفع إليها كسوتها فأرادت بيعها أو التصديق بها ، وكان ذلك بضررها . أو يخل بتجملها بها ، أو بسترها ، لم تملك ذلك ، كما لو أرادت الصدقة بقوتها على وجه يضرها ، وإن لم يكن في ذلك ضرر احتمل الجواز ، لأنها تملكها فأشبهت النفقة ، واحتمل المنع ، لأن له استرجاعها لو طلقها في أحد الوجهين بخلاف النفقة .

فصل

٦٤٧٥

والزمية كالمسألة في النفقة والمسكن والكسوة في قول عامة أهل العلم ، وبه يقول مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، لعموم النصوص والمعنى .

٦٤٧٦

مسألة

قال ﴿ فإذا منعها ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاك بينهما ﴾ .

وجملته : أن الرجل إذا منع امرأته النفقة لمسرته وعدم ما ينفقه فالمرأة محيرة بين الصبر عليه وبين فراقه . وروى نحو ذلك عن عمر ، وعلي ، وأبي هريرة ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعمر ابن عبد العزيز ، وربيعة ، وحامد ، ومالك ، ويحيى القطان ، وعبد الرحمن بن مهدي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو نور . وذهب عطاء ، والزهري ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة ، وصاحباه : إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ، ولكن يرفع يده عنها لتسكتسب ، لأنه حق لها عليه ، فلا يفسخ الفكاك لمعجزه عنه كالدين . وقال المنبري : يحبس إلى أن ينفق .

وانا قول الله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾^(١) . وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف ، فيتمين التسريح . وروى سعيد ، عن سفيان ، عن ابن أبي الزناد ، قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال : نعم . قال : سفة ؟ قال : سفة ، وهذا ينصرف إلى سفة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال ابن المنذر : ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نساءهم ، فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بمثوا بنفقة ماضى ، ولأنه إذا ثبت للفسخ بالمعجز عن الوطء والضرر فيه أقل لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه - فلأن يثبت بالمعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى .

إذا ثبت هذا فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق فالمرأة المطالبة بالفسخ من غير إظهار . وهذا أحد قولي الشافعي . وقال حماد بن أبي سليمان : يؤجل سفة ، قياساً على العنين . وقال عمر بن عبد العزيز : اضربوا له شهراً أو شهرين ، وقال مالك : الشهر^(٢) ونحوه ، وقال الشافعي في القول الآخر : يؤجل ثلاثاً ، لأنه قريب .

ولنا ظاهر حديث عمر ، ولأنه معنى يثبت الفسخ ، ولم يرد الشرع بالإظهار فيه ، فوجب أن يثبت الفسخ في الحال كالعيب ، ولأن سبب الفسخ الإعسار وقد وجد ، فلا يلزم التأخير .

٦٤٧٧

فصل

وإن لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم فليس ذلك إعساراً يثبت به الفسخ ، لأن ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه ، وإن وجد في أول النهار ما يغذيها ، وفي آخره ما يعشيها لم يسكن لها الفسخ ، لأنها تصل إلى كفايتها ، وما يقوم به بدنها ، وإن كان صانعاً يعمل في الأسبوع بما يبيعه في يوم بقدر كفايتها

في الأسبوع كله لم يثبت الفسخ ، لأن هذا يحصل الكفاية في جميع زمانه . وإن تعذر عليه الكسب في بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ ، لأنه يمكن الاقتراض إلى زوال العارض وحصول الاكتساب . وإن عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسخ ، لأن ذلك يزول عن قريب ، ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس^(١) ، وإن مرض مرضاً يرجى زواله في أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه ، وإن كان ذلك يطول فلها الفسخ ، لأن الضرر الغالب يلحقها ، ولا يمكنها الصبر ، وكذلك إن كان لا يجد من النفقة إلا يوماً دون يوم فلها الفسخ ، لأنها لا يمكنها الصبر على هذا ، ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت ، وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار ، لأن البدن لا يقوم بما دونها . وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها ، لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ويمكن الصبر عنها ويقوم البدن بما دونها . وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها خيار لما ذكرناه وكذلك إن أعسر بالأدم ، وإن أعسر بالكسوة فلها الفسخ ، لأن الكسوة لا بد منها ولا يمكن الصبر عنها ولا يقوم البدن بدونها ، وإن أعسر بأجرة مسكن فقيه وجهان :

أحدهما : لها الخيار لأنه مما لا بد منه فهو كالنفقة والكسوة .

والثاني : لا خيار لها لأن البنية تقوم بدونه وهذا الوجه هو الذي ذكر القاضي ، وإن أعسر بالنفقة للماضية لم يمكن لها الفسخ لأنها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون .

الحال الثاني : أن يمنع من الإنفاق مع بساره فإن قدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها ولا خيار لها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أسر هنداً بالأخذ ولم يحمل لها الفسخ وإن لم تقدر رافقته إلى الحاكم فيأسره بالإنفاق ويحبره عليه . فإن أبي حبسه فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله فإن لم يجد إلا عروضاً أو عقاراً باعها في ذلك ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة النفقة في ماله من الدنانير والدرهم ولا يبيع عرضاً إلا بتسليم لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه أو إذن وليه ولا ولاية على الرشيد .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند « خذي ما يسكفيك » ولم يفرق ولأن ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدرهم والدنانير وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولا يبقه على دراهمه ودنانيره . وإن تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل فخكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه وإن لم يكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الأخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك إذا لم تجد ما تنفق سواء وينفق على المرأة يوماً بيوم ، وبهذا قال الشافعي ويحيى بن آدم وقال أصحاب الرأي يفرض لها في كل شهر .

ولنا : أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجوز كما لو عجل لما نفقة زيادة عن شهر .

فصل

٦٤٧٨

وإن غيب ماله وصبر على الحبس ، ولم يقدر الحاكم له على مال يأخذه ، أو لم يقدر على أخذ النفقة من مال الغائب ، فلها الخيار في الفسخ في ظاهر قول الخرق ، واختيار^(١) أبي الخطاب . واختار القاضي : أنها لا تملك الفسخ ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن الفسخ في المعسر لعيب الإعسار ، ولم يوجد هاهنا ولأن المוסر في مظنة إمكان الأخذ من ماله ، وإذا امتنع في يوم فربما لا يمتنع في الغد ، بخلاف المعسر . ولنا أن عمر رضى الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع من الإنفاق ، ولأن الإنفاق عليها من ماله يتمدر ، فكان لها الخيار كحال الإعسار ، بل هذا أولى بالفسخ ، فإنه إذا جاز الفسخ على المعذور ، فعلى غيره أولى ، ولأن في الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ ، فوجب إزالته ، ولأنه نوع تعذر يجوز الفسخ ، فلم يفرق الحال بين المוסر والمعسر ، كما إذا أدى ثمن المبيع ، فإنه لا فرق في جواز الفسخ بين أن يكون المشتري معسراً ، وبين أن يهرب قبل أداء الثمن ، وعيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر الإنفاق ، بدليل أنه لو اقترض ما ينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ما ينفقه لم تملك الفسخ وقولهم : إنه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا . قلنا : وكذلك المعسر ، يحتمل أن يغنيه الله ، وأن يقترض ، أو يعطى ما ينفقه فاستويا .

فصل

٦٤٧٩

ومن وجبت عليه نفقة امرأته ، وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها ، فإن كانت موسرة فله ذلك لأن من عليه حق فله أن يقضيه من أى أمواله شاء ، وهذا من ماله ، وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك لأن قضاء الدين إنما يجب في الفاضل من قوته ، وهذا لا يفضل عنها . ولأن الله تعالى أمر بإنظار المعسر بقوله سبحانه : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)^(٢) ، فيجب إنظارها بما عليها .

فصل

٦٤٨٠

وكل موضع ثبت لها الفسخ لأجل النفقة لم يجوز إلا بحكم الحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه ، فانقر إلى الحاكم كالفسخ بالعتة ، ولا يجوز له التفريق إلا أن تطلب المرأة ذلك ، لأنه لحقها ، فلم يجوز من غير طلبها كالفسخ للعتة ، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لارجعة له فيه . وبهذا قال الشافعى ، وابن المنذر . وقال

(١) في ١٨ : وهو اختيار أبي الخطاب .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

مالك : هو تطلّيقه ، وهو أحق بها إن أسير في عدتها ، لأنه تفريق لامتناعه من الواجب عليه لها ، فأشبهه تفريقه بين المولى وامرأته إذا امتنع من الفتيحة والطلاق .

ولنا : أنها فرقة لمجزه عن الواجب لها عليه ، أشبهت فرقة العفة ، فأما إن أجبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها مادامت في العدة ، فإن راجعها وهو معسر ، أو امتنع من الإنفاق عليها ، ولم يمكن الأخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ ، فللحاكم الفسخ ، لأن مقتضى له باق أشبهه ما قبل الطلاق .

فصل

٦٤٨١

وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك إنفاقه ، ثم بدا لها الفسخ ، أو تزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرته ، وترك إنفاقه ، أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ، ثم من لها الفسخ فلها ذلك ، وبهذا قال الشافعي . وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد : ليس لها الفسخ ، ويبطل خيارها في الموضعين ، وهو قول مالك ، ، لأنها رضيت بعيبه ودخلت في العقد عالمة به ، فلم تملك الفسخ كالو تزوجت عتيقاً عالمة بعنته أو قالت بعد العقد : قد رضيت به عتيقاً .

ولنا : أن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم ، فيتجدد لها الفسخ ، ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبل البيع ، ولذلك لو أسقطت النفقة المستقبلية لم تسقط ، ولو أسقطتها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط ، وإذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به ، وإن أعسر بالمهر وقلنا لها الفسخ لإعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ ، لأن وجوبه لم يتجدد بخلاف النفقة ، ولو تزوجته عالمة بإعساره بالمهر راضية بذلك فينبغي أن لا تملك الفسخ بإعساره به ، لأنها رضيت بذلك في وقت لو أسقطته فيه سقط .

فصل

٦٤٨٢

إذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع ، لأنه لم يسلم إليها عوضه ، فلم يلزمها تسليمه كالو أعسر المشتري بضمن المبيع لم يجب تسليمه إليه ، وعليه تخليتها سبيلها لتكتسب لها وتحصل ما تنفقه على نفسها لأن في حبسها بغير نفقة إضراراً بها ، ولو كانت موسرة لم يكن له حبسها ، لأنه إنما يملك حبسها إذا كفاها المؤنة وأغناها عما لا بد لها منه ، ولحاجته إلى الاستمتاع الواجب عليها ، فإذا انتفى الأمران لم يملك حبسها .

فصل

٦٤٨٣

ومن ترك الإنفاق الواجب لامرأته مدة لم يسقط بذلك ، وكان ديناً في ذمته ، سواء تركه لعذر أو

غير عذر في أظهر الروايتين : وهذا قول الحسن ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر .
والرواية الأخرى : تسقط نفقتها مالم يكن الحاكم قد فرضها لها ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأنها نفقة
تجب يوماً فيوماً ، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم ، كنفقة الأقارب ، ولأن نفقة الماضى قد استغنى
عنها بمضى وقتها ، فتسقط كنفقة الأقارب .

ولنا : أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا
أو يطلقوا . فإن طلقوا بعثوا بنفقة ماضى . ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار فلم يسقط بمضى الزمان
كأجرة العقار والديون ، قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالسكاتب والسنة والإجماع ، ولا يزول ماوجب
بهذه الحجج إلا بمثلها ، ولأنها عوض واجب فأشبهت الأجرة .

وفارق نفقة الأقارب ، فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له ، وجبت لترجية
الحال ، فإذا مضى زمنها^(١) استغنى عنها فأشبهه مالهو استغنى عنها بيساره ، وهذه بخلاف ذلك ، إذا ثبت
هذا فإنه إن ترك الإنفاق عليها مع يساره فعليه النفقة بكاملها ، وإن تركها لإعساره لم يلزمه إلا نفقة المعسر
لأن الزائد سقط بإعساره .

فصل

٦٤٨٤

ويصح ضمان النفقة ماوجب منها ، ومايجب في المستقبل إذا قلنا إنها تثبت في الذمة . وقال الشافعى :
يصح ضمان ماوجب ، وفي ضمان المستقبل وجهان بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين ؟ ومبنى
الخلاف على ضمان مالم يجب إذا كان ماله إلى الوجوب ، فمندنا يصح ، وعندهم لا يصح ، وقد ذكرنا ذلك
في باب الضمان .

فصل

٦٤٨٥

وإن أعسر بنفقة الخادم أو الأدم أو المسكن ثبت ذلك في ذمته . وبهذا قال الشافعى ، وقال القاضى :
لا يثبت ، لأنه من الزوائد ، فلم يثبت في ذمته كالأزائد عن الواجب عليه .
ولنا : أنها نفقة تجب على سبيل العوض ، فتثبت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً . وفارق الزائد
عن نفقة المعسر ، فإنه يسقط بالإعسار .

فصل

٦٤٨٤

وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ، ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها حسب عليها
مالاً أنفقته من ميراثها ، سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم . وبهذا قال أبو العالية ، ومحمد بن سيرين ،

والشافعي ، وابن المنذر ، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ، لأنها أنفقت مالا نستحق . وإن فضل لها شيء فهو لها ، وإن فضل عليها شيء . وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه ، وإن لم يكن لها شيء من ذلك كان الفضل ديناً عليها ، والله أعلم .

فصل

٦٤٨٧

وإن أعسر الزوج بالصداق ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ليس لها الفسخ ، وهو اختيار ابن حامد . والثاني : لها الفسخ ، وهو اختيار أبي بكر ، لأنه أعسر بالعوض ، فكان لها الرجوع في العوض ، كالأعسر بضمن مبيعها .

والثالث : إن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله ، وإن كان بعد الدخول لم تملك الفسخ ، لأن المعقود عليه قد استوفى ، فأشبهه ماله أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه .

وانسا : أنه دين فلم يفسخ النكاح للإعسار به كالفقعة الماضية ، ولأن تأخيرها ليس فيه ضرر مجحف ، فأشبهه نفقة الخادم والنفقة الماضية ، ولأنه لا نص فيه ، ولا يصح قياسه على الثمن المبيع^(١) لأن الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله ، والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النكاح ، ولذلك لا يفسد النكاح بفساده ، ولا بترك ذكره ، والعادة تأخيرها ، ولأن أكثر من يشتري بضمن حال يكون موصراً به ، وليس الأكثر أن من تزوج بمهر يكون موصراً به ، ولا يصح قياسه على النفقة ، لأن الضرورة لا تندفع إلا بها ، بخلاف الصداق ، فأشبهه شيء به النفقة الماضية وللشافعي نحو هذه الوجوه .

وإذا قلنا : لها الفسخ للإعسار به فتزوجته عالة بعسرتة فلا خيار لها وجهاً واحداً ، لأنها رضيت به كذلك ، وكذلك إن علمت عسرتة بعد العقد فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ ، لأنها رضيت بإسقاط حقها بعد وجوبه ، فسقط كما لو رضيت بعينه .

فصل

٦٤٨٨

ونفقة الأمة المزوجة حق لها ولسيدها ، لأن كل واحد منهما ينتفع بها ، ولكل واحد منهما طلبها إن امتنع الزوج من أدائها ولا يملك واحد منهما إسقاطها ، لأن في سقوطها بإسقاط أحدها ضرراً بالآخر ، وإن أعسر الزوج بها فلها الفسخ لأنه عجز عن نفقتها فملك الفسخ كالخبرة ، وإن لم تنسخ فقال القاضي : لسيدها الفسخ ، لأن عليه ضرراً في مدمها ، لما يملق بفوات ملكه وتلفه . فإن أنفق عليها سيدها محسباً بالرجوع فله الرجوع بها على الزوج ، رضيت بذلك أو كرهت ، لأن

(١) في ١٨ : على ثمن المبيع . وفي ٢٩ : على الثمن في المبيع .

الدين خالص حقه لاحق لما فيه ، وإنما تعلق حقها بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها إليها وقوام بدنها بها ، بخلاف الماضية ، وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعي : ليس لسيدتها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لأنها حق لها فلم يملك سيدتها الفسخ دونها ، كالفسخ للعيب . فإن كانت معتوهة أنفق المولى وتكون النفقة ديناً في ذمة الزوج ، وإن كانت عاقلة قال لها السيد : إن أردت النفقة فافسخي النكاح ، وإلا فلا نفقة لك عندي .

فصل

٦٤٨٩

وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها أو تقبيضها^(١) نفقتها ، فالقول قول المرأة ، لأنها منكورة ، والأصل معها وإن اختلفا في التمسكين الموجب للنفقة أو وقته فقالت كان ذلك من شهر ، فقال : بل من يوم ، فالقول قوله ، لأنه منكر والأصل معه وإن اختلفا في يساره فادعته المرأة أو الزوج ليفرض لها نفقة الموسرين ، أو قالت : كنت موسراً وأنكر ذلك ، فإن عرف له مال فالقول قولها ، وإلا فالقول قوله ، وبهذا كله قال الشافعي ، وأبو تور ، وأصحاب الرأي . وإن اختلفا في فرض الحاكم للنفقة أو في وقتها فقال : فرضها منذ شهر فقالت : بل منذ عام فالقول قوله ، وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال مالك : إن كان مقيماً معها فالقول قوله ، وإن كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أسرها إلى الحاكم .

ولنا : أن قوله يوافق الأصل فقدم كما لو كان مقيماً معها ، وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عايمه اليمين ، لأنها دعوى^(٢) في المال فأشبهت دعوى الدين ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وليكن اليمين على المدعى عليه » ، وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة ، أو بعث به إليها فقالت : إنما فعلت ذلك تبرعاً وهبة ، وقال : بل وفاء للواجب على ، فالقول قوله ، لأنه أعلم بنيقته ، أشبه مالو قضي دينه ، واختلف هو وغريمه في نيقته . وإن طلق امرأته وكانت حاملاً فوضعت فقال : طلقتك حاملاً ، فأنقضت عدتك بوضع الحمل ، وانقطعت نفقتك ورجعتك ، وقالت : بل بعد الوضع فلي النفقة ، ولك الرجعة . فالقول قولها ، لأن الأصل بقاء النفقة وعدم المسقط لها ، وعليها العدة ، ولا رجعة للزوج لإقراره بعدمها ، وإن رجع فصدقها^(٣) فله الرجعة ، لأنها مقرة له بها وإن قال طلقتك بعد الوضع فلي الرجعة ولك النفقة وقالت بل وأنا حامل فالقول قوله لأن الأصل بقاء الرجعة ولا نفقة لها ولا عدة عليها لأنها حق الله تعالى فالقول قولها فيها ، وإن عاد فصدقها سقطت رجعتها ، ووجب لها النفقة ، هذا في ظاهر الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على ما يملكه من حقيقة الأمر دون ما قاله .

(١) في ١٨ : إقباضها . في ٢٩ : قبض .

(٢) في المطبوعة : دعاوى . ولعله : دعاوى . ورجعنا في ١٨ . (٣) في ١٨ . وصدقها .

٦٤٩٠

فصل

وإن طلق الرجل امرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ، ثم تُرى القوايل بعد ذلك ، لأن الحمل يبين بعد ثلاثة أشهر ، إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره ، فتقطع نفقتها كما تنقطع إذا قال القوايل : ليست حاملا ، ويرجع عليها بما أنفق لأنها أخذت منه مالا تستحقه فرجع عليها كما لو ادعت عليه ديناً وأخذته منه ثم تبين كذبها .

وعن أحمد رواية أخرى : لا يرجع عليها ، لأنه أنفق عليها بحكم آثار الفسكاح ، فلم يرجع به كالنفقة في الفسكاح الفاسد إذا تبين فسادها . وإن علمت براءتها من الحمل بالحيض فسكحته فينبغي أن يرجع عليها قولا واحداً لأنها أخذت النفقة مع علمها ببرائها كما لو أخذتها من ماله بغير علمه . وإن ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجع عليها بالزيادة ، ويرجع في مدة العدة إليها ، لأنها أعلم بها ، فالقول قولها فيها مع يمينها . فإن قالت : قد ارتفع حيضى ولم أدر مارفعه فعدتها سنة إن كانت حرة ، وإن قالت : قد انقضت بثلاثة قروء وذكرت آخرها فلها النفقة إلى ذلك ، ويرجع عليها بالزائد ، وإن قالت : لا أدري متى آخرها رجعتنا إلى عاداتها فحسبنا لها بها . وإن قالت : عادتى تختلف ، فتطول وتقصر ، انقضت العدة بالأقصر ، لأنه اليقين ، وإن قالت عادتى تختلف ولا أعلم ، رددناها إلى غالب عادات النساء في كل شهر قروء ، لأننا رددنا المتحيرة ، إلى ذلك في أحكامها ، فكذلك هذه .

وإن بان أنها حامل من غيره مثل أن تلده بعد أربع سنين ، فلا نفقة عليه لمدة حملها ، لأنه من غيره وإن كانت رجعية فلها النفقة في مدة عدتها ، فإن كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة إلى إنقضائها ، وإن حملت في أثناء عدتها فلها النفقة إلى الوطء الذى حملت ، ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ، ثم تكون لها النفقة في تمام عدتها . وإن وطئها زوجها في العدة الرجعية حصلت الرجعة . وإن قلنا : لا نحصل فالتنسب لاحق به ، وعليه النفقة لمدة حملها . وإن وطئها بعد انقضاء عدتها أو وطئ البائن عالماً بذلك وبتحريره فهو زنا لا يباحه نسب الولد ، ولا نفقة عليه من أجله ، وإن جهل بينوتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يجهل لحقه نسبه ، وفي وجوب النفقة عليه روايتان ،

٦٤٩١

مسألة

قال : (ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده ، الذكور والإناث إذا كانوا فقراء ، وكان له ما ينفق عليهم) .

والأصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع . أما المكتسب فقول الله

تعالى : « فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ »^(١) « أوجب أجر رضاع الولد على أبيه . وقال سبحانه : « وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ »^(٢) وقال سبحانه : « وَقَضَى رَبُّكَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا »^(٣) « ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما . ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمد : « خذى ما يكفيك وولديك بالمعروف » ، متفق عليه وروى عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه » . رواه أبو داود . وأما الإجماع فحكى ابن المنذر قال . أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين العقبيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم . ولأن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده فكما يجب عاياه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله .

إذا ثبت هذا فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن مالك : أنه لا نفقة عليها ولا لها لأنها ليست عصبة لولدها .

ولنا : قوله سبحانه : « وبالوالدين إحساناً » وقال النبي صلى الله عليه وسلم لرجل سأله من أبر ؟ قال : « أمك ، ثم أمك ، ثم أمك ، ثم أباك ، ثم الأقرب فالأقرب » رواه أبو داود . ولأشها أحد الوالدين فأشبهت الأب ، ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العتق فأشبهت الأب . فإن أعسر الأب وجبت النفقة على الأم ولم ترجع بها عليه إن أيسر . وقال أبو يوسف ومحمد ترجع عليه .

وإذا : أن من وجب عليه الإنفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب .

فصل

٦٤٩٢

ويجب الإنفاق على الأجداد والجندات وإن علوا وولد الولد وإن سفلوا وبذلك قال الشافعي والثوري وأصحاب الرأي . وقال مالك لا تجب النفقة عليهم ولا لهم لأن الجد ليس باب حقيقي .

ولنا : قول سبحانه : « وعلى الوارثات مثل ذلك »^(٤) « ولأنه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد بدليل أن الله تعالى قال : « يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ »^(٥) « فيدخل فيهم ولد البنين وقال : « وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُّوسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ »^(٦) « وقال :

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣

(٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٦) سورة النساء آية ١١

(١) سورة الطلاق آية ٦ .

(٣) سورة الاسراء آية ٢٣ .

(٥) سورة النساء آية ١١

« مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ »^(١) ولأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبهه الولد والوالد القريبين .

فصل

٦٤٩٣

ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة شروط .

أحدها : أن يكونوا فقراء لا مال لهم ولا كسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يستغنون به فلا نفقة لهم ، لأنها تجب على سبيل المواساة ، والموسر مستغن عن المواساة .

الثاني أن يكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه ، إما من ماله ، وإما من كسبه . فأما من لا يفضل عنه شيء فليس عليه شيء لما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فإن فضل فعلى ماله ، فإن كان فضل فعلى قرابته »^(٢) وفي لفظ : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » . حديث صحيح .

وروى أبو هريرة : « أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله عندي دينار قال : تصدق به على نفسك ، قال عندي آخر ، قال : تصدق به على ولدك ، قال عندي آخر . قال : تصدق به على زوجك . قال : عندي آخر . قال : تصدق به على خادمك . قال : عندي آخر . قال : أنت أبصر » رواه أبو داود^(٣) ، ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة .

الثالث : أن يكون المنفق وارثاً ، لقول الله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك »^(٤) ولأن بين المتورثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس ، فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فإن لم يكن وارثاً لعدم القرابة لم يخل من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون أحدهما رقيقاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه بغير خلاف ، لأنه لا ولاية بينهما ولا إرث فأشبهه الأجنبيين ، ولأن العبد لا مال له فتجب عليه النفقة وكسبه لسيده ونفقته على سيده فيستغنى بها عن نفقة غيره .

(١) سورة الحج آية ٧٨

(٢) أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي عن جابر وفي آخر مسلم زيادة ج ٢ ص ٦٩٣ ، فإن

فضل عن ذي قرابتك شيء فمكذبا ومكذبا ، يقول : فبين يديك وعن يمينك وعن شمالك ، ف

(٣) وأخرجه المحاسبي في المكاسب عن يزيد بن هارون ، وفيه (شأنك به) بدلا من (أنت أبصر) .

(٤) سورة القمر آية ٢٢٢ .

والثاني : أن يكون دينهما مختلفاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه ، وذكر القاضى فى عمودى النسب روايتين .

إحدهما : تجب النفقة مع اختلاف الدين ، وهو مذهب الشافعى ، لأنها نفقة تجب مع اتفاق الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمלוكة ، ولأنه يعتق على قريبه فيجب . عليه الإنفاق عليه ، كما لو اتفق دينهما .

والثاني : أنها مواساة على سبيل البر^(١) والعلة فلم تجب مع اختلاف الدين ، كنفقة غير عمودى النسب ، ولأنهما غير متوارثين فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقة به لقربة كما لو كان أحدهما رقيقاً ، وتنفارق نفقة الزوجات ، لأنها عوض يجب مع الإعسار ، فلم ينفأها اختلاف الدين كإعسار والأجرة ، وكذلك تجب مع الرق فيهما أو فى أحدهما ، وكذلك نفقة المالك والمعتق عليه يبطل بسائر ذوى الرحم المحرم فإنهم يعتقون مع اختلاف الدين ولا نفقة لهم معه ، ولأن هذه صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته وإليه وعقله عنه وإرثه منه .

الثالث : أن يكون القريب محجوباً عن الميراث بمن هو أقرب منه ، فينظر فإن كان الأقرب موسراً فالنفقة عليه ولا شيء على المحجوب به ، لأن الأقرب أولى بالميراث منه ، فيكون أولى بالإنفاق . وإن كان الأقرب معسراً وكان من ينفق عليه من عمودى النسب وجبت نفقته على الموسر وذكر القاضى فى أب معسر ، وجدّ موسر ، أن النفقة على الجد ، وقال فى أم معسرة وجدّة موسرة : النفقة على الجدّة . وقد قال أحمد : لا يدفع الزكاة إلى ولد ابنته ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « إن ابني هذا سيد »^(٢) فسماء ابنته وهو ابن ابنته ، وإذا منع من دفع الزكاة إليهم لقربهم يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم . وهذا مذهب الشافعى .

وإن كان من غير عمودى النسب لم تجب النفقة عليه إذا كان محجوباً ، قال القاضى ، وأبو الخطاب فى ابن فقير وأخ موسر : لا نفقة عليهما ، لأن الابن لا نفقة عليه لعسرته ، والأخ لا نفقة عليه لعدم إرثه ، ولأن قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له ، فإذا لم يكن وارثاً لم تجب عليه النفقة كذوى الرحم ويتخرج فى كل وارث لولا الحجب إذا كان من يحجبه معسراً وجهان .

أحدهما : لا نفقة عليه ، لأنه ليس بوارث أشبه الأجنبي . والثاني : عليه النفقة ، لوجود القرابة المقترنة

(١) فى ١٨ : للبر .

(٢) قال ﷺ : « إن ابني هذا - يعنى الحسن بن على - سيد وسيصلح الله به بين فئتين عظيمتين من المسلمين » أخرجه البخارى ومسلم عن أبى بكره . ف

الإرث والإنفاق ، والمانع من الإرث لا يمنع من الإنفاق لأنه معسر لا يمكنه الإنفاق فوجوده بالنسبة إلى الإنفاق كعدمه .

فصل

٦٤٩٤

فأما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب ، فإن كانوا من غير عمودى النسب فلا نفقة عليهم . نص عليه أحمد فقال : الخالة والعمة لانفقة عليهما ، قال القاضى : لا نفقة لهم رواية واحدة ، وذلك لأن قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث ، فهم كسائر المسلمين ، فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث ، وذلك الذى يأخذه بيت المال ولذلك يقدم الرد عليهم وقال أبو الخطاب : يخرج فيهم رواية أخرى : أن النفقة تلزمهم عند عدم العصباء وذوى الفروض لأنهم وارثون فى تلك الحال ، قال ابن أبى موسى : هذا يتوجه على معنى قوله ، والأول هو المنصوص عنه .

فأما عمود النسب فذكر القاضى ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم سواء كانوا من ذوى الأرحام كأبى الأم ، وابن البنت ، أم من غيرهم ، وسواء كانوا محجوبين أو وراثين . وهذا مذهب الشافعى . وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية . وبمضية ، وتقتضى رد الشهادة ، وتمنع جريان الفصاح على الوالد بقتل الولد وإن سفل ، فأوجب النفقة على كل حال كقرابة الأب الأدنى .

فصل

٦٤٩٥

ولا يشترط فى وجوب نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ، ولا نقص الأحكام فى ظاهر المذهب ، وظاهر كلام الخرقى ، فإنه أوجب نفقتهم مطلقاً إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم ، وقال القاضى : لا يشترط فى الوالدين وهل يشترط ذلك فى الولد ؟ فكلام أحمد يقتضى روايتين . إحداهما : تلزمه نفقته لأنه فقير . والثانية : إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقته وهذا القول يرجع إلى أن الذى لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته رواية واحدة سواء كان ناقص الأحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن ، وإنما الروايتان فيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه ، وقال الشافعى يشترط نقصانه إما من طريق الحكم أو من طريق الخلقة ، وقال أبو حنيفة : ينفق على الغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ صحيحاً انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج ، ونحوه قال مالك ، إلا أنه قال : ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الأزواج ثم لا نفقة لهن . وإن طلقن ، ولو طلقن قبل البناء بهن فمن على نفقتهن . ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند : «خذى ما يسكفيك وولدك بالمعروف» ، لم يستثن منهم بالغاً ولا صحيحاً ، ولأنه والد أو ولد فقير ، فاستحق النفقة على والده أو ولده الفنى كما لو كان زمناً أو مكفوفاً ، فأما الوالد فإن أباً حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحاً إذا لم يكن ذا كسب وللشافعى فى ذلك قولان . ولنا أنه والد محتاج فأشبه الزمين .

٦٤٩٦

فصل

ومن كان له أب من أهل الإنفاق لم تجب نفقته على سواء . لأن الله تعالى قال : (فإن أرضعن لكم فأنوهن أجورهن^(١)) وقال « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن^(٢) » وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى ما يكميك وولدك بالمعروف » ، فجعل النفقة على أبيهم دونها . ولا خلاف في هذا فعلمه ، إلا أن لأصحاب الشافعي فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجمين . أحدهما : أن النفقة على الأب وحده . والثاني : عليهما جميعاً ، لتساويهما في القرب .

ولذا أن النفقة على الأب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه .

٦٤٩٧

فصل

ويلزم الرجل إعفاف ابنه إذا احتاج إلى الذكاح ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، ولهم في إعفاف الأب الصحيح وجه آخر : أنه لا يجب ، وقال أبو حنيفة : لا يلزم الرجل إعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب لأن ذلك من أعظم الملاذ لم تجب للأب كالحلواء ولأنه أحد الأبوين فلم يجب ذلك له كالأم . ولنا : أن ذلك مما تدعو حاجته إليه ويستتضر بفقدته فلزم ابنه له كالنفقة ولا يشبه الحلواء لأنه لا يستتضر بفقدتها وإنما يشبه الطعام والأدم ، وأما الأم فإنما إعفافها بتزويجها إذا طلقت ذلك وخطبها كفؤها ، ونحن نقول بوجوب ذلك عليه وهم يوافقوننا في ذلك .

إذا ثبت هذا فإنه يجب إعفاف من لزمت نفقته من الآباء والأجداد ، فإن اجتمع جدان ولم يمكن إلا إعفاف أحدهما قدم الأقرب ، إلا أن يكون أحدهما من جهة الأب والآخر من جهة الأم ، فيقدم الذي من جهة الأب ، وإن بعد ، لأنه عصبية ، والشرع قد اعتبر جهة في التوريث والتمصيب ، فكذلك في الإنفاق والاستحقاق .

٦٤٩٨

فصل

وإذا وجب عليه إعفاف أبيه فهو مخير إن شاء زوجه حرة . وإن شاء مملوكة أمة ، أو دفع إليه ما يتزوج به حرة أو يشتري به أمة ، وليس للأب التخيير عليه إلا أن الأب إذا عين امرأة وعين الإبن أخرى وصدقاها واحد ، قدم تعيين الأب ، لأن الذكاح له ، والمؤنة واحدة ، فقدم قوله ، كما لو عينت البنت كفؤاً وعين الأب كفؤاً يقدم تعيينها ، وإن اختلفا في الصداق لم يلزم الإبن الأكثر ، لأنه إنما يلزم أقل ما تحصل به الكفاية ، ولكن ليس له أن يزوجه أو يملكه قبيحة أو كبيرة لا استمتاع فيها ،

وايس له أن يزوجه أمة ، لأن فيه ضرراً عليه . وهو إرقاق ولده ، والنقص في استمتاعه ، وإن رضى الأب بذلك لم يجز ، لأن الضرر يلحق بغيره وهو الولد ، ولذلك لم يكن للعوسر أن يزوجه أمة ، وإذا زوجه زوجة أو مملوكة أمة فعليه نفقته ونفقتها ، ومتى أبسر الأب لم يكن للولد استرجاع ما دفعه إليه ، ولا عوض ما زوجه به ، لأنه دفعه إليه في حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة ، وإن زوجه أو مملوكة أمة فطلاق الزوجة أو أعتق الأمة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانياً لأنه فوت ذلك على نفسه ، وإن ماتت فعليه إعفاهه ثانياً لأنه لا صنع له في ذلك .

فصل

٦٤٩٩

قال أصحابنا : وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجاً إلى إعفائه وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال : بعضهم لا يجب ذلك عليه .

ولنا : أنه من عمودي نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه إعفائه عند حاجته إليه كإبيه . قال القاضي : وكذلك يبيح في كل من تلزمه نفقته من أخ وعم أو غيرهم ، لأن أحد قد نص في العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك وإلا بيع عليه ، وكل من لزمه إعفائه تلزمه نفقة زوجته لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك ، وقد روى عن أحمد أنه لا يلزم الأب نفقة زوجة الإبن وهذا محمول على أن الإبن كان يجد نفقتها .

مسألة

٦٥٠٠

قال (وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته على قدر ميراثهم منه) .
ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لمورثته^(١) إذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرنا لها وبه قال الحسن ، ومجاهد ، والنخعي ، وقتادة ، والحسن بن صالح ، وابن أبي لبلى ، وأبو نور . وحكى ابن المنذر ، عن أحمد ، في الصبي الموضع لأب له ولا جد نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء ، وكذلك روى بكر بن محمد عن أبيه عن أحمد : النفقة على العصبات ، وبه قال الأوزاعي ، وإسحاق وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى على بنى هم من نفوس بنفقته . احتج به أحمد ، وقال ابن المنذر : روى عن عمر أنه حبس عصابة ينفقون على صبي الرجال دون النساء ، ولأنها مواساة ومعمونة تختص القرابة فاخصت بالعصبات كالعقل . وقال أصحاب الرأي : تجب النفقة على كل ذي رحم محرم ، ولا تجب على غيرهم ، تقول الله تعالى : « وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ »^(٢) . وقال مالك ، والشافعي وابن المنذر لا نفقة إلا على المولودين والوالدين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل سأله عندي دينار ؟ قال : « أنفقه على نفسك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنفقه على أهلِكَ .

قال : عندى آخر ؟ قال : أنفقه على خادمك قال : عندى آخر ؟ قال : أنت أعلم به . ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء ، ولأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم فى الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم .

ولنا قول الله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - ثم قال - وعلى الوارث مثل ذلك »^(١) . فأوجب على الأب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد .

وروى أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم : « من أبر ؟ قال : أمك ، وأباك ، وأختك ، وأخاك » . وفى لفظ : « ومولاك الذى هو أدناك حقاً واجباً ورحماً موصولاً » رواه أبو داود . وهذا نص لأن النبي صلى الله عليه وسلم ألزمه الصلة والبر . والنفقة من الصلة جعلها حقاً واجباً . وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه ، فإن اللفظ عام فى كل ذى رحم ، فيكون حجة عليه فيمن عدا ذا الرحم المحرم ، وقد اقتصت بالوارث فى الإرث ، فكذلك فى الإنفاق . وأما خبر أصحاب الشافعى ففضية فى عين يحتمل أنه لم يكن له غير من أسر بالإنفاق عليه ، ولهذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد .

وقولهم : لا يصح القياس . قلنا : إنما أئتمناه بالنص ثم أنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد مع التفاوت فبطل ما قالوه . لإثبات هذا ، فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب^(٢) لعموم الآية ولا يتناول ذوى الأرحام على ماضى بيانه ، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه ، والمرأة مع ابنة بنتها ، وابن بنتها ، فالنفقة على الوارث دون الموروث . نص عليه أحمد فى رواية ابن زياد فقال : يلزم الرجل نفقة عمته ولا يلزمه نفقة بنت أخته .

وذكر أصحابنا رواية أخرى : لا تجب النفقة على الوارث ههنا ، لقول أحمد : العمة والخالة لا نفقة لهما ، إلا أن القاضى قال : هذه الرواية محمولة على العمة من الأم ، فإنه لا يرثها لكونه ابن أخيها من أمها ، وقد ذكر الخرقى أن على الرجل نفقة معتمقه لأنه وارثه . ومعلوم أن المعتق لا يرث معتمقه ولا تلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك ولا يلزمه نفقته وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك »^(٣) وكل واحد من هؤلاء وارث .

مسألة

٦٥٠١

قال : « فإن كان للصبي أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة وعلى الجد ثلثا النفقة » .

(١) فى ١٨ : بالفرض أو التعصيب .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

وجملته : أنه إذا لم يكن للصبي أب فالنفقة على وارثه ، فإن كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه ، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه ، فإذا كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والباقي على الجد ، لأنهما يرثانه كذلك ، وهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : النفقة كلها على الجد ، لأنه ينفرد بالمصيب ، فأشبهه الأب . وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد : أن النفقة على المصبات خاصة

ولنا : قول الله تعالى . « على الورث مثل ذلك »^(١) والأم وارثة فكان عليها بالنص ، ولأنه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الأم كالورثة .

فصل

٦٥٠٢

وإن اختلف ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثاً كالإراث ، وقال أبو حنيفة النفقة عليهما سواء لأنهما سواء في القرب ، وإن كان أم وابن فعلى الأم السدس والباقي على الابن ، وإن كانت بنت وابن ابن فالنفقة بينهما نصفين ، وقال أبو حنيفة النفقة على البنت لأنها أقرب ، وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث ، النفقة على الابن لأنه المصبة ، وإن كانت له أم وبنت فالنفقة بينهما^(٢) أربعاً لأنهما يرثانه كذلك ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : النفقة على البنت لأنها تكون عصبة مع أخيها ، وإن كانت له بنت أو بنت فالنفقة على البنت ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : النفقة على ابن البنت لأنه ذكر .

ولنا : قول الله تعالى : « وعلى الورث مثل ذلك »^(٣) فرتب النفقة على الإرث ، فيجب أن ترتب في المقدار عليه وإيجابها على ابن البنت بخلاف النص والمعنى فإنه ليس بعصبة ولا وارث فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الورثة .

مسألة

٦٥٠٣

قال : « فإن كانت جدة وأخا ، فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الأخ وعلى المعق حساب النفقات » .

يعنى أن ترتب النفقات على ترتيب الميراث ، فسبب أن للجدة ههنا سدس الميراث ، فعليها سدس

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

(٢) ربيها على الأم وباقيا على البنت لأنهما يرثانه كذلك فرضا ورداً . (ف)

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

النفقة ، وكما أن الباقي للأخ فكذلك الباقي من النفقة عليه ، وعند من لا يرى النفقة على غير عمودى النسب يحمل النفقة كلها على الجدة ، وهذا أصل قد سبق الكلام فيه ، فإن اجتمع بنت وأخت ، أو بنت وأخ ، أو بنت وعصبة ، أو أخت وعصبة ، أو أخت وأم ، أو بنت وبنت ابن ، أو أخت لأبوين وأخت لأب ، أو ثلاث أخوات متفرقات ، فالنفقة بينهم على قدر الميراث فى ذلك ، سواء كان فى المسألة رد أو عول ، أو لم يكن . وعلى هذا تحسب ما أتاك من المسائل ، وإن اجتمع أم أم وأم أب ، فهما سواء فى النفقة لاستوائهما فى الميراث .

فصل

٦٥٠٤

فإن اجتمع أبو أم فالنفقة على أم الأم ، لأنها الوارثة ، وإن اجتمع أبو أب فعلى أم الأب السدس ، والباقي على الجد . وإن اجتمع جد وأخ فهما سواء . وإن اجتمعت أم وأخ وجد فالنفقة بينهم أثلاثاً ، وقال الشافعى : فالنفقة على الجد فى هذه المسائل كلها ، إلا المسألة الأولى ، فالنفقة عليهما بالسوية ، وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدم .

فصل

٦٥٠٥

فإن كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه ، فإن انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه فى الإنفاق ، وإن بان أنه أنفق أقل رجع عليه ، ولو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة وإن بان بنقاً رجعت على أخيها بفضل نفقتها لأن من له الفضل أدى ما لا يجب عليه أداؤه معتقداً وجوبه ، فإن تبين خلافه رجع بذلك كما لو أدى ما يعقده ديناً فبان بخلافه .

فصل

٦٥٠٦

فإن كان له قرابتان موسران وأحدهما محجوب عن ميراثه بفقر فقد ذكرنا أنه إن كان المحجوب من عمودى النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه ، وإن كان من غيرها فلا نفقة عليه ، فعلى هذا إذا كان له أبوان وجد والأب معسر كان الأب كالمعدوم ، فيكون على الأم ثلث النفقة ، والباقي على الجد ، وإن كان معهم زوجة فكذلك . وإن قلنا : لانهقة على المحجوب فليس على الأم ههنا إلا الربع النفقة ولا شيء على الجد ، وإن كان أبوان وأخوان وجد ، والأب معسر ، فلا شيء على الأخوين ، لأنهما محجوبان ، وليس من عمودى النسب ، ويكون على الأم الثلث ، والباقي على الجد ، كما لو لم يكن أحد غيرهما . ويحتمل ألا يجب على الأم إلا السدس ، لأنه لو كان الأب معدوماً لم ترث إلا السدس .

وإن قلنا : إن كل محجوب لا نفقة عليه ، فليس على الأم إلا السدس ، ولا شيء على غيرها . وإن لم يسكن في المسألة جد فالنفقة كلها على الأم على القول الأول . وعلى الثاني ليس عليها إلا السدس ، وإن قلنا : إن على المحجوب بالمعسر النفقة وإن كان من غير عمودي النسب فعلى الأم السدس ، والباقي على الجد ، والأخوين أثلاثاً كما يرثون إذا كان الأب معدوماً . وإن كان بعض من عليه النفقة غائباً وله مال حاضر ، أنفق الحاكم منه حصته . وإن لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقتراض ، فإذا قدم فعليه وفاؤه .

فصل

٦٥٠٧

ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة شخص وله امرأة ، فالنفقة لها دون الأقارب ، قول النبي صلى الله عليه وسلم ، في حديث جابر^(١) : إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فإن كان له فضل فعلى عياله ، فإن كان له فضل فعلى قرابته : ولأن نفقة القريب مواساة ، ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة ، فقدمت على مجرد المواساة ، ولذلك وجبت مع بسارها وإعسارها ، ونفقة القريب بخلاف ذلك ، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته ، فقدمت على نفقة القرابة كنفقة نفسه ، ثم من بعدها نفقة الرقيق ، لأنها تجب مع اليسار والإعسار ، فقدمت على مجرد المواساة ، ثم ، من بعد ذلك الأقرب فالأقرب .

فإن اجتمع أب وجد وابن وابن ابن قدم الأب على الجد وابن على ابنة ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : يستوى الأب والجد وابن وابن ابنة لتساويهم في الولادة والتعصيب .

ولنا : أن الأب وابن أقرب وأحق بميراثه ، فسكانا أحق كالأب مع الأخ ، وإن اجتمع ابن وجد ، أو أب وابن ابن ، احتمل وجهين .

أحدهما : تقديم الابن والأب ، لأنها أقرب ، فإنهما يليان به غير واسطة ، ولا يسقط إرثهما بحال . والجد وابن الإبن بخلافهما .

ويحتمل التسوية بينهما ، لأنها سواء في الإرث والتعصيب والولادة . وإن اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما في القرب والإرث والولادة والتعصيب ، ويحتمل فيهما ما يحتمل في الأب وابن على ما سنفذ كره .

فصل

٦٥٠٨

وإن اجتمع أب وابن ، فقال للقاضي : إن كان الابن صغيراً أو مجنوناً قدم ، لأن نفقته وجبت بالنص ،

(١) سبق تخريجه قريباً .

مع أنه عاجز عن الكسب ، والأب قد بقدر عليه وإن كان الابن كبيراً والأب زَمِين^(١) ، فهو أحق ، لأن حرمة آكد ، وحاجته أشد ، ويحتمل تقديم الابن ، لأن نفقته وجبت بالنص ، وإن كانا صحيحين فقيرين ففيهما ثلاثة أوجه .

أحدها : التسوية بينهما . لتساويهما في القرب ، وتقارب مرتبتهما . والثاني : تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص . والثالث : تقديم الأب لأكد حرمة . وإن اجتمع أبوان . ففيهما الوجوه الثلاثة .

أحدها : التسوية لما ذكرنا . والثاني : تقديم الأم لأنها أحق بالبر ، ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية ، وزيادة الشفقة ، وهي أضعف وأعجز . والثالث : تقديم الأب لفضيلته ، وانفراده بالولاية على ولده ، واستحقاق الأخذ من ماله ، وإضافة النبي صلى الله عليه وسلم الوند وماله إليه بقوله : « أنت^(٢) ومالك لأبيك » والأول أولى .

وإن اجتمع جد وأخ احتتمل التسوية بينهما ، لاستوائهما في استحقاق ميراثه ، والصحيح أن الجد أحق لأن له مزيه الولادة والأبوة ، ولأن ابن ابنه يرثه ميراث ابن ، ويرث الأخ ميراث أخ وميراث الابن آكد ، فانفقة الواجبة به تسكون آكد . وإن كان مـكان الأخ ابن أخ أو عم فالجد أولى بكل حال .

فصل

٦٥٠٩

والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والأدم والكسوة بقدر العادة على ما ذكرناه في الزوجة ، لأنها وجبت للحاجة ، فتقدرت بما تندفع به الحاجة . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لهند : « خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف » . فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية ، فإن احتاج إلى خادم فعليه إخدامه كما قلنا في الزوجة ، لأن ذلك من تمام كفايته .

مسألة

٦٥١٠

قال ﴿ وعلى المعتق نفقة معتقة إذا كان فقيراً لأنه وارثه ﴾ .

هذا مبني على الأصل الذي تقدم ، وأن النفقة تجب على الوارث ، والمعتق وارث عتيقه ، فتجب عليه نفقته إذا كان فقيراً ، ولمولاه يسار ينفق عليه منه . وقال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي : لا تجب عليه نفقته بناء على أصولهم التي ذكرناها .

(٢) أخرجه ابن ماجه عن جابر . (ف)

(١) أى : مريض بمرض مزمن .

ولنا : قول الله تعالى : « وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ »^(١) . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك فأدناك ، ومولاك الذي يلي ذاك ، حقاً واجباً ورحماً موصولاً »^(٢) ، ولأنه يرثه بالتعصيب ، فكانت عليه نفقته كالأب ويشترط في وجوب الإنفاق عليه الشروط المذكورة في غيره .

فصل

٦٥١١

فإن مات مولاة فالنفقة على الوارث من عصبائه على ما بين^(٣) في باب الولاء . ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولاء ، لأنه عصبتهم ووارثهم ، وعليه نفقة أولا ممتقه إذا كان أبوم عبداً كذلك ، فإن أعتق أبوم فأنجر الولاء إلى ممتقه صار ولاؤه لعتق أبيهم ، ونفقتهم عليه إذا كملت الشروط ، وليس على المعتق نفقة ممتقه إذا كان فقيراً ، لأنه لا يرثه ، فإن كان كل واحد منهما مولى صاحبه مثل أن يعتق الحربى عبداً ثم يسبى العبد سيده فيعتقه ، فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لأنه يرثه .

مسألة

٦٥١٢

قال ﴿ وإذا زوجت الأمة لزم زوجها أو سيده إن كان مملوكاً نفقتها ﴾ .

وجملته أن زوج الأمة لا يخلو ، إما أن يكون حراً أو عبداً ، أو بعضه حر وبعضه عبد ، فإن كان حراً فنفتها عليه للنص ، وانفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين ، والأمة داخلة في عمومهن ، ولأنها زوجة ممكنة من نفسها ، فوجب على زوجها نفقتها كالحرية ، وإن كان زوجها مملوكاً فالنفقة واجبة لزوجته لذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته ، هذا قول الشعبي ، والحكم ، والشافعي . وبه قال أصحاب الرأي إذا بواها بيتاً . وحكى عن مالك أنه قال : ليس عليه نفقتها ، لأن النفقة مواساة ، وليس هو من أهلها ، ولذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه ولا زكاة ماله .

ولنا : أنها عوض واجب في النكاح ، فوجب على العبد كالمهر ، والدليل على أنها عوض : أنها تجب في مقابلة التمسكين ، ولهذا تستقط عن الحر بفوات التمسكين . وفارق نفقة الأقارب . إذا ثبت وجوبها على العبد فإنها تلزم سيده ، لأن السيد أذن له في النكاح المفضى إلى إيجابها ، وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى : أنها تجب في كسب العبد ، وهو قول أصحاب الشافعي ، لأنه لم يمكن إيجابها

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

(٢) أخرجه أبو داود عن بكر بن الحارث الأنماري

(٣) في ١٨ : على ما بيناه .

في ذمته ولا رقبته ، ولا ذمة سيده ، ولا إسقاطها ، فلم يبق إلا أن تعلق بكسبه . وقال القاضي : تعلق برقبته ، لأن الوطء في الفسكاح بمنزلة الجنابة . وأرش جنابة العبد يعلق برقبته ، يباع فيها ، أو يفديه سيده ، وهذا قول أصحاب الرأي .

ولنا : أنه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذي استدانه وكيله . وقولهم : إنه في مقابلة الوطء غير صحيح ، فإنه يجب من غير وطء ، ويجب للارتقاء والحائض والنفساء وزوجة الجبوب والصغير ، وإنما يجب بالتمكين ، وليس ذلك بجنابة ولا قائم مقامها . وقول من قال إنه تعذر إيجابه في ذمة السيد غير صحيح ، فإنه لا مانع من إيجابه ، وقد ذكرنا وجود مقتضيه ، فلا معنى لدعوى التمذر .

مسألة

٦٥١٣

قال (وإن كانت أمة تأوى بالليل عند الزوج ، وبالنهار عند المولى ، أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده) .

هذه المسألة قد تقدمت ، وذكرنا أن النفقة في مقابلة التمكين ، وقد وجد منها في الليل ، فتجب على الزوج النفقة فيه ، والباقي منها على السيد ، بحكم أنها ملوكته لم تجب لها نفقة على غيره في هذا الزمن ، فيكون على هذا على كل واحد منهما نصف النفقة ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال في الآخر : لا نفقة لها على الزوج ، لأنها لم تمسكن من نفسها في جميع الزمان ، فلم يجب لها شيء من النفقة كالخرة إذا بذلت نفسها في أحد الزمانين دون الآخر .

ولنا : أنه وجد التمكين الواجب بعد الفسكاح ، فامتثلت^(١) النفقة كالخرة إذا مكنت من نفسها في غير أوقات الصلوات المفروضات ، والصوم الواجب ، والحج المفروض ، وفارق الحرة إذا امتنعت في أحد الزمانين ، فإنها لم تبذل الواجب ، فتكون ناشراً ، وهذه ليست ناشراً ولا عاصية .

مسألة

٦٥١٤

قال (فإن كان لها ولد لم تلزمه نفقة ولده ، حرراً كان أو عبداً ، ونفقتهم على سيدهم) .

يعنى الأمة ليس على زوجها نفقة ولده منها . وإن كان حرراً ، لأن ولد الأمة عبد لسيدها ، فإن الولد يتبع أمه في الرق والحرية ، فتكون نفقتهم على سيدهم دون أبيهم ، فإن العبد أخص بسيده من أبيه ، ولذلك لا ولاية بينه وبين أبيه ، ولا ميراث ولا إئثار ، وكل ذلك للسيد ، وقد رويت عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى ، أن ولد العربي يكون حرراً ، وعلى أبيه فداؤه . فعلى هذا تسكون نفقتهم عليه ،

(١) في المطبوعة : استحققت ، وما في ١٨ أوضح .

ولو أعتق الولد سيده ، أو علق عتقه بولادته ، أو تزوج الأمة على أنها حرة ، فولده ^(١) منها أحرار ، وعلى أبيهم نفقتهم في هذه المواضع كلها إذا كان حراً ، وتحققت فيه شرائط الإنفاق .

فصل

٦٥١٥

وإذا طلق الأمة طلاقاً رجعياً فلها النفقة في العدة ، لأنها زوجة ، وإن أبانها وهي حائل فلا نفقة لها ، لأنها لو كانت حرة لم يكن لها نفقة ، فالأمة أولى وإن كانت حاملاً فلها النفقة ، لقوله تعالى (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَلَّ حِلِّهِنَّ فَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) ^(٢) نص على هذا أحمد . وبه قال إسحاق ، وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله في نفقة الحامل روايتان ، هل هي للحمل أو للحامل بسببه ؟ إحداهما : هي للحمل ، فعلى هذا لا تجب للموكة الحامل البائن نفقة ، لأن الحمل مملوك لسيدها ، فنفته ^(٣) عليه ، وللشافعي في هذا قولان كالروايتين .

فصل

٦٥١٦

وإن طلق العبد زوجته الحامل طلاقاً بائناً ابنه (على) ^(٤) وجوب النفقة على الروايتين في النفقة ، هل هي للحمل أو للحامل ؟ فإن قلنا : هي للحمل فلا نفقة على العبد ، وبه قال مالك . وروى ذلك عن الشعبي ، لأنه لا تجب عليه نفقة ولده . وإن قلنا : هي للحامل بسببه وجبت لها النفقة ، وهذا قول الأوزاعي ، لأن الله تعالى قال : « وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَلَّ حِلِّهِنَّ فَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ » ^(٥) ولأنها حامل فوجبت ، لها النفقة كما لو كان زوجها حراً .

فصل

٦٥١٧

والمعتق بمضيه عليه من نفقة أسرته بقدر ما فيه من الحرية ، وباقيها على سيده ، أو في ضربته ، أو في رقبته ، على ما ذكرنا في العبد ، والقدر الذي يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله ، إن كان موسراً فنفقة الموسرين ، وإن كان معسراً فنفقة المعسرين ، والباقي تجب فيه نفقة المعسرين ، لأن النفقة مما يتبعه ، وما يتبعه بعضه في حق المعتق بعضه ، كالإيراث والديات ، ومالا يتبعه فهو فيه كالعبد ، لأن الحرية إما شرط فيه ، أو سبب له ، فلم يكمل . وهذا اختيار المازني وقال الشافعي : حكمه حكم القن في الجميع ، إلحاقاً لأحد الحكمين بالآخر .

(١) في ٢٩ : فأولاده (٢) سورة الطلاق آية ٦ .

(٣) ليس في النسخ المطبوعة ولا المخطوطة ذكر الرواية الثانية ، وقد ذكرها الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٥٩ ، وعلى الرواية الأخرى تجب ، وقد سقطت هنا ف - ع

(٤) ساقطة من ١٨ ، ٣٩ ولعله الصواب . (٥) سورة الطلاق آية ٦ .

(٢٩ - المغني - ٨)

ولنا : أنه يملك بنصفه الحر ملكاً تاماً ، ولهذا يورث عنه ، ويكفر بالإطعام ، ويجب فيه نصف دية الحر ، فوجب أن تتبعه نفقته ، لأنها من جملة الأحكام القابلة للتبعض . فأما نفقة أقربه فيلزمه منها بقدر ميراثه ، لأن النفقة تنبئ على الميراث ، وعند الزنى تلزمه كلها ، لأنها لا تتبعه ، وعند الشافعى لا يلزمه شيء ، لأن حكمه حكم العبيد ، وقد سبق الكلام في هذا .

مسألة

٦٥١٨

قال : (وليس على العبد نفقة ولده ، حرة كانت الزوجة أو أمة) .

أما إذا كانت زوجة العبد حرة فولدها أحرار ، لأن الولد يقع الأم في الرق والحرية ، وليس على العبد نفقة أقربه الأحرار ، لأن نفقتهم تجب على سبيل المواساة ، وليس هو من أهلها . وأما إذا كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها ، لأنهم يتبعونها فتكون نفقتهم على سيدهم .

فصل

٦٥١٩

وحكم المكاتب في نفقة الزوجات والأولاد والأقارب حكم العبد القن ، لأنه عبد ماني عليه درهم ، إلا أنه إذا كانت له زوجة أنفق عليها من كسبه ، لأن نفقة الزوجة واجبة بحكم المعارضة مع اليسار والإعسار ، ولذلك وجبت على العبد ، فعلى المكاتب أولى . ولأن نفقة المرأة لا تسقط عن أحد من الناس ، إذا لم يوجد منها ما يسقط نفقتها ، ولا يمكن إيجابها على سيده ، لأن نفقة المكاتب لا تجب على سيده ، فنفقة امرأته أولى . فأما نفقة أولاده وأقاربه الأحرار فلا تجب عليه ، لأنها تجب على سبيل المواساة ، وليس هو من أهلها ، ولذلك لا تجب عليه الزكاة في ماله ، ولا الفطرة في بدنه . فإن كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها ، لأنهم يتبعونها في الحرية . وإن كان لهم أقارب أحرار كجد حر وأخ حر مع الأم أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه ، والمكاتب كأنه معدوم بالنسبة إلى النفقة .

مسألة

٦٥٢٠

قال : (وعلى المكاتب نفقة ولدها دون أبيه المكاتب) .

وجملته أن المكاتب إذا كان له ولد لم يخل إما أن يكون من زوجته ، أو من أمته ، فإن كان من زوجته وكانت مكاتب فولدها يتبعونها في المكاتب ، ويسكون موقوفين على كتابتها إن رقت رقوا ، وإن عتقت بالأداء عتقوا ، فتكون نفقتهم . عاينها مما في يديها لأنهم في حكم نفسها ونفقتها مما في يديها ، فكذلك على ولدها . وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم ، لأنهم عبيد لسيد المكاتب ، وإن كانت زوجته حرة أو أمة فقد بينا حكمهم ، وإن أراد المكاتب التبرع بالإفناق على ولده وكان من

أمة أو مكاتبة لغير سيده ، أو حرة ، لم يكن له ذلك ، لأن فيه تفريراً بمال سيده . وإن كان من أمة سيده جاز ، لأنه مملوك لسيده ، فهو ينفق عليه من المال الذى تعلق به حق سيده . وإن كان من مكاتبة سيده احتتمل الجواز ، لأنه فى الحال بمنزلة أمة ، وأمه مملوكة لسيدها . ويحتمل ألا يجوز ، لأن فيه تفريراً إذ لا يحتمل أن يمجز هو وتؤدى المكاتبة فيعتق ولدها ، فيحصل الإنفاق عليها من مال سيده ، ويصير حراً .

مسألة

٦٥٢١

قال : ﴿ وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته ﴾ .

أما ولد المكاتب من أمته فنفقة عليهم ، لأن ولده من أمته تابع له ، يرق برقه ، ويعتق بعتقه ، فجرى مجرى نفسه فى النفقة ، فكما أن المكاتب ينفق على نفسه ، فكذلك على ولده الذى هذا حاله ، ولأن هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيه ، فإن أمه أمة للمكاتب ، وليس له من الأحرار أقارب ، فيتمين على المكاتب الإنفاق عليه كأمه ، ولأنه لا ضرر على السيد فى إنفاق المكاتب على ولده من أمته ، لأنه إن أدى وعق فقد وفى مال الكتابة ، وليس للسيد أكثر منه ^(١) ، وإن مجز ورق عاد إليه المكاتب وولده الذى أنفق عليه ، فكانه إنما أنفق على عبده ، وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه .

فصل

٦٥٢٢

وليس للمكاتب أن يتسرى بأمته إلا بإذن سيده ، لأن مملوكه غير تام ، وعلى السيد ضرر فى تسريه بها ، لما فيه من التفرير بها . وإن أذن له سيده فى ذلك جاز ، لأن المنع لحقه ، فجاز بإذنه كما لو أذن لعبده القن . وإن وطئ بغير إذنه فلا حد عليه ، لأنه وطئ مملوكته ، فإن أولدها فى الموضعين صارت أم ولد له ، ليس له بيعها ولا بيع ولده ، فإن عتق ولدها ، وصارت الأمة أم ولد ، تعتق بموته وإن رق رقت هى وولدها ، وصارت أمة لسيده ، والمكاتب وولده عبدان له ، ويلزم المكاتب الإنفاق على عبده وإمائه وأمهات أولاده ، لأنهم ملك له ، فلزمه الإنفاق عليهم كبهائمه :

(١) فى المطبوعة : منها . ورجحنا ما فى : ١٨ لأنه أصح .

❦ باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج ❦

❦ مسألة ❦

٦٥٢٣

قال رحمه الله : (وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تنعمه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة) .
وجملة ذلك : أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين :

أحدهما : أن تكون كبيرة يمكن وطؤها ، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها . وبهذا قال الحسن ، وبكر بن عبد الله المزني ، والنعني ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وهو المنصوص عن الشافعي . وقال في موضع : لو قيل لها النفقة كان مذهبا . وهذا قول الثوري ، لأن تعذر الوطء لم يكن بفعلها ، فلم يمنع وجوب النفقة لها كالمرض .

ولنا : أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها ، وبهذا يبطل ما ذكروه ، ويفارق المريضة ، فإن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما نقص بالمرض ، ولأن من لا تمكن الزوج من نفسها لا يلزم الزوج نفقتها ، فهذه أولى لأن تلك يمكن الزوج قهرها والاستمتاع بها كرها ، وهذه لا يمكن ذلك فيها بحال .

الشرط الثاني : أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها ، فأما إن منعت نفسها أو منعه أولياؤها ، أو تساكنا بعد العقد ، فلم تبذل ولم يطلب ، فلا نفقة لها وإن أقاما [على ذلك] زمنا ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة ، ودخلت عليه بعد سنتين ، ولم ينفق إلا بعد دخوله ، ولم يلزم نفقتها لما مضى ، ولأن النفقة تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح ، فإذا وجد استحققت ، وإذا فقد لم تستحق شيئا . ولو بذلت تسليما غير تام بأن تقول : أسلم إليك نفسي في منزلي دون غيره ، أو في الموضع الفلاني دون غيره ، لم تستحق شيئا ، إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد ، لأنها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة ، كما لو قال البائع : أسلم إليك السلعة على أو تتركها في موضعها ، أو في مكان بعينه . وإن شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها في ذلك استحققت النفقة ، لأنها سلمت التسليم الواجب عليها ، ولذلك لو سلم السيد أمته المزوجة ليلا دون النهار استحققت النفقة ، وفارق الحرة ، فإنها لو بذلت تسليم نفسها في بعض الزمان لم تستحق شيئا ، لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد ، وكذلك إن أمكنته من الاستمتاع ، ومنعه استمعا^(١) ، لم تستحق شيئا لذلك .

(١) أي مكنته من بعض الاستمتاع دون بعضه .

فصل

٦٥٢٤

وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه ، بل تجب عليه في زمن غيبته ، لأنها استحققت النفقة بالتمكين ، ولم يوجد منها ما يسقطها ، وإن غاب قبل تمكينها فلا نفقة لها عليه ، لأنه لم يوجد الموجب لها ، فإن بذات التسليم وهو غائب لم تستحق نفقته ، لأنها بذلته في حال لا يمكنه التسليم^(١) فيه ، لكن إن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ، ويعلمه ذلك ، فإن سار إليها أو وكل من يسلمها إليه فوصل وسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ ، وإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول إليها ، وبسلمها فيه ، لأن الزوج امتنع من تسلمها مع إمكان ذلك وبذلها إياه له ، فلزمته نفقتها ، كما لو كان حاضراً .

وإن كانت الزوجة صغيرة يمكن طؤها أو مجنونة فسدت نفسها إليه ، فسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة ، وإن لم يسلمها لمنعهما نفسها أو منع أولياؤها فلا نفقة لها عليه ، وإن غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم . فإن وليها يقوم مقامها ، وإن بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم النفقة لها ، لأنه لاحكم لكلامها .

مسألة

٥٦٢٥

قال (وإذا كانت بهذه الحال التي وصفت وزوجها صبي أجبر وليه على نفقتها من مال الصغير ، فإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما) .

يعنى إذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها ، فكفت^(٢) من نفسها ، أو بذلت تسليمها ، ولم تمنع نفسها ، ولا منعها أولياؤها ، فعلى زوجها الصبي نفقتها . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، والشافعي ، في أحد قوليه ، وقال في الآخر : لا نفقة لها ، وهو قول مالك ، لأن الزوج لا يمكن من الاستمتاع بها ، فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة أو صغيرة .

ولنا : أنها سلمت نفسها تسليماً صحيحاً ، فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيراً ، ولأن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما تعذر من جهة الزوج ، كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته .

وفارق ما إذا غابت أو كانت صغيرة ، فإنها لم تسلم نفسها تسليماً صحيحاً ولم تبذل ذلك ، فعلى هذا يجبر الولي على نفقتها من مال الصبي ، لأن النفقة على الصبي ، وإنما الولي بنوب عنه في أداء الواجبات عليه كما يؤدي أروش جنائياته ، وقيم ممتلكاته وزكواته . وإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم

(١) الأصح : لا يمكنه التسليم ، لأن التسليم من جهة الزوجة والتسليم من الزوج .

(٢) في ١٨ : فأمكن .

بينهما ، كما ذكرنا في حق الكبير ، فإن كان له مال وامتنع الولي من الإنفاق أجبره الحاكم بالحبس ، فإن لم ينفق أخذ الحاكم من مال الصبي وأنفق عليها ، فإن لم يمكنه وصبر الولي على الحبس ، وتعذر الإنفاق فرق الحاكم بينهما إذا طلبت ذلك على ما ذكرناه في حق الكبير . وذكر القاضي في الكبير : أنه لا يفرق بينهما ، فكذلك ههنا مثله ، لأنهما سواء في وجوب الإنفاق عليهما فكذلك في أحكامه .

فصل

٦٥٢٦

وإن بذلت الرقعة أو الخائض أو النفساء أو النضوة الخلق^(١) التي لا يمكن وطؤها ، أو المريضة [تسليم]^(٢) نفسها لزمته نفقتها . وإن حدث بها شيء من ذلك لم تسقط نفقتها ، لأن الاستمتاع ممكن ، ولا تغربط من جهتها وإن منع من الوطء . ويفارق الصغيرة ، فإن لها حالا يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعاً تاماً ، والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال بخلاف هؤلاء . ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب ، فإن قيل : فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب لها النفقة ، فكذلك هؤلاء . قلنا : لأن تلك منعت مما يجب عليها ، وهؤلاء لا يجب عليهن التمسكين مما فيه ضرر ، فإن ادعت أن عليها ضرراً في وطئها لضيق فرجها ، أو قروح به ، أو نحو ذلك ، وأنكره ، أريت امرأة ثقة ، وعمل بقولها . وإن ادعت عبالة ذكره^(٣) وعظمه ، جاز أن تغظر المرأة إليهما حال اجتماعهما ، لأنه موضع حاجة ، ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة .

مسألة

٦٥٢٧

قال (وإن طالب الزوج بالدخول وقالت : لا أسلم نفسي حتى أقبض صداقي ، كان ذلك لها ، ولزمته النفقة إلى أن يدفع إليها صداقها) .

وجملته : أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تسلم صداقها ، لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يستوفى منفعتها المقنونة عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها ، فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها ، بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ، ثم أعسر بالثمن ، فإنه يمكنه الرجوع فيه ، فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولاً ، وجعلنا لها أن تمنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها أمكن الرجوع فيه .

إذا ثبت هذا ، فممن امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها ، لأنها امتنعت لحق ، فإن

(١) أى : الهزيلة .

(٢) ساقطة من : ١٨ . وهى المفعول به لبدلت . ومع حذفها يكون المفعول به (نفسها) .

(٣) أى : غلظه .

قيل : فلو امتنعت اصغر أو مرض لم يلزمه نفقتها قلنا : الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها ، وكذلك الامتناع للصغر ، وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج ، وهو منعه لما وجب لها عليه ، فأشبهه ما لو تعذر الاستمتاع اصغر الزوج ، فإنه لا تسقط نفقتها عنه ، ولو تعذر اصغرها لا تلزمه نفقتها .

فصل

٦٥٢٨

إذا سافرت زوجته بغير إذنه سقطت نفقتها عنه ، لأنها ناشز ، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه ، وإن سافرت بإذنه في حاجته فهي على نفقتها ، لأنها سافرت في شغله ومراذه : وإن كان حاجة^(١) نفسها سقطت نفقتها ، لأنها فوتت التمسكين لحظ نفسها ، وقضاء حاجتها ، فأشبهه ما لو استنظرت قبل الدخول مدة فأنظرها ، إلا أن يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها^(٢) فلا تسقط نفقتها ، لأنها لم تفوت التمسكين فأشبهت غير المسافرة ، ويكمل ألا تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها لأنها مسافرة بإذنه ، أشبهه ما لو سافرت في حاجته ، وسواء كان سفرها لتجارة أو حج تطوع أو زيارة . ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها ، لأنها في معنى المسافرة ، وإن أحرمت به بإذنه فقال القاضي : لها النفقة . والصحيح : أنها كالمسافرة ، لأنها بإحرامها مانعة له من التمسكين ، فهي كالمسافرة لحاجة نفسها على ما ذكرناه . وإن أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة في الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة ، لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته ، فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان . وإن قدمت الإحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول ما في الحرمة بحج التطوع ، لأنها فوتت عليه التمسكين بشيء مستغنى عنه .

فصل

٦٥٢٩

فإن اعتكفت فالتقياس أنه كسفرها إن كان بغير إذنه ، فهي ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير إذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع وإن كان بإذنه فلا نفقة لها على قول الخرق . وقال القاضي : لها النفقة ، وإن صامت رمضان لم تسقط نفقتها ، لأنه واجب مضيق بأصل الشرع ، لا يملك منعها منه ، فلم تسقط نفقتها كالصلاة ، ولأنه يكون صائماً معها ، فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه ، وإن كان تطوعاً لم تسقط نفقتها ، لأنها لم تخرج عن قبضته ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها ، فإنه يمكنه تفتيرها ووطؤها ، فإن أراد ذلك منها فمنعه نفسها سقطت نفقتها بامتناعها من التمسكين الواجب . وإن كان صوماً مندوراً معاقاً بوقت معين فقال القاضي : لها النفقة ، لأن أحد نص على أنه ليس له منعها . ويحتمل أنه إن كان نذرهما قبل النكاح أو كان النذر بإذنه لم تسقط نفقتها لأنه كان واجباً عليها بحق سابق على

(١) في ٣٩ : لحاجة نفسها . (٢) في ٣٩ : الاستمتاع بها .

نسكاحه ، أو واجب أذن في سببه . وإن كان النذر في نسكاحه بغير إذنه فلا نفقة لها ، لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها ، بالنذر الذي لم يوجبه الشرع عليها ، ولا نذبهإ إليه .

وإن كان النذر مطلقاً ، أو كان صوم كفارة ، فصامت بإذنه فلها النفقة ، لأنها أدت الواجب بإذنه ، فأشبهه ما لو صامت الممين في وقته . وإن صامت بغير إذنه فقال القاضي : لا نفقة لها ، لأنها يمكنها تأخيرها . فإنه على التراخي ، وحق الزوج على الفور . وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فكذلك ، وإن كان وقته مضيقاً مثل أن قرب رمضان الآخر فعليه نفقتها ، لأنه واجب مضيق بأصل الشرع ، أشبه أداء رمضان .

فصل

٦٥٣٠

قال (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة ، إلا أن تكون حاملاً) . وجملة الأمر : أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً فلما أن يكون ثلاثاً ، أو بخلع ، أو بانت بفسخ وكانت حاملاً فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم ، لقول الله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجدكن ولا تضاروهن لتضييقن عليهن » ، وإن كن أولاتٍ حَلٍ فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن » وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس : « لا نفقة لك إلا أن تسكوني حاملاً » . ولأن الحمل ولده ، فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالإئفاق عليها ، فوجب كما وجبت أجرة الرضاع ، وإن كانت حائلاً فلا نفقة لها . وفي السكني روايتان .

إحداهما : لها ذلك ، وهو قول عمر ، وابنه ، وابن مسمود ، وعائشة ، وفقهاء المدينة السبعة ، ومالك ، والشافعي ، للآية .

والرواية الثانية : لا سكنى لها ولا نفقة ، وهي ظاهر المذهب ، وقول علي ، وابن عباس ، وجابر ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، وعكرمة ، وميمون بن مهران ، وإسحاق . وأبي ثور ، وداود ، وقال أكثر الفقهاء العراقيين : لها السكنى والنفقة . وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن ابن صالح ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والبيهقي ، والعنبري . لأن ذلك يروى عن عمر ، وابن مسمود . ولأنها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية ، وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روى عن عمر أنه قال : « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة » ، وأنكرته عائشة ، وسعيد بن المسيب ، وتأولوه .

ولنا : ما روت فاطمة بنت قيس : « أن زوجها طلقها ألبتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطه » ، قال : والله مالك علينا من شيء ، فجاءت رسول الله ﷺ تذكر ذلك له فقال : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك . متفق عليه . وفي لفظ فقال رسول الله ﷺ : « انظري يا ابنة قيس ، إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها الرجعة

فلا نفقة ولا سكنى . رواه الإمام أحمد ، والأثرم ، والحيدي ، وغيرهم .

قال ابن عبد البر من طريق الحجة : وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصبح وأحج ، لأنه ثبت عن النبي ﷺ نصاً صريحاً فأى شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم ، الذي هو المبين عن الله مراده ؟ ولا شيء يدفع ذلك . ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم »^(١) .

وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه على ، وابن عباس ، ومن وافقهما والحجة معهم ، ولو لم يخالفه أحد منهم ، لما قبل قوله الخالف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة على عمر وعلى غيره ، ولم يصح عن عمر أنه قال : « لاندع كتاب ربنا وسنة نبيينا لقول امرأة » فإن أحمد أنكره ، وقال أما هذا فلا ، ولكن قال : « لا تقبل في ديننا قول امرأة » . وهذا أمر يردده الإجماع على قبول قول المرأة في الرواية ، فأى حجة في شيء يخالفه الإجماع وترده للسنة ، ويخالفه فيه علماء الصحابة ؟ قال إسماعيل بن إسحاق : نحن نعلم أن عمر لا يقول : لاندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله . والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملاً بقوله سبحانه : (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملن)^(٢) وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لاشتراطه الحمل في الأمر بالإففاق .

وقد روى أبو داود وغيره من الأئمة بإسنادهم عن ابن عباس قال : « ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما - بمعنى المتلاعنين - وقضى ألا بيت لها عليه ولا قوت » ولأن هذه محرمة عليه تحريماً لا تزيله الرجعة ، فلم يكن لها سكنى ، ولا نفقة كالملاعة أو كالأجنبية . وفارقت الرجعية في ذلك ، وأما الرجعية فلها السكنى والنفقة للآية والخبر والإجماع ولأنها زوجة بلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه .

فصل

٦٥٣١

فأما الملاعة فلا سكنى لها ، ولا نفقة إن كانت غير حامل للخير ، وكذلك إن كانت حاملاً فتنفى حملها ، لو قلنا : أنه يفتنى بزوال الفراش ، وإن قلنا : لا يفتنى بنفسه ، أو لم يفقه ، وقلنا : إنه يلحقه نسبه ، فلها السكنى والنفقة ، لأن ذلك للحمل أو لها بسببه ، وهو موجود ، فأشبهت المطلقة للبائن . فإن نفى الحمل فأنفقت أمه وسكنت من غير الزوج ، وأرضعت ثم استلحقه الملاعن لحقه ، ولزمته النفقة وأجر المسكن والرضاع ، لأنها فعلت ذلك على أنه لا أب له ، فإذا ثبت له أب لزمه ذلك ، ورجع به عليه .

فإن قيل : النفقة لأجل الحمل نفقة^(٣) الأقارب وهي تسقط بمضى الزمان ، فيكف ترجع عليه بما

(١) سورة الطلاق آية ٦ .

(٢) في ١٨ : كنفقة الأقارب .

(٣) سورة الطلاق آية ٦ .

يسقط عنه ؟ قلنا : بل النفقة للحامل من أجل الحمل ، فلا تسقط كنفقتها في الحياة ، وإن سلمنا أنها للحمل إلا أنها معروفة إليها ، ويتعلق بها حقها ، فلا تسقط بمضي الزمان كنفقتها .

فصل

٦٥٣٢

فأما المعتدة من الوفاة فإن كانت حائلا فلا سكنى لها ، ولا نفقة لأن الفكاك قد زال بالموت . وإن كانت حاملا ففيها روايتان :

إحداها : لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة . والثانية : لا سكنى لها ولا نفقة ، لأن المال قد صار للورثة ، ونفقة الحامل وسكنهاها إنما هو للحمل أو من أجله ، ولا يلزم ذلك الورثة لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه ، وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة ، قال القاضي : وهذه الرواية أصح .

فصل

٦٥٣٣

وهل تجب نفقة الحمل للحامل من أجل الحمل ، أو للحمل ، فيه روايتان :

إحداها : تجب للحمل . اختارها أبو بكر ، لأنها تجب بوجوده ، وتسقط عند انفصاله ، فدل على أنها له .

والثانية : تجب لها من أجله ، لأنها تجب مع اليسار والإعسار ، فكانت له كنفقة الزوجات ، ولأنها تسقط بمضي الزمان ، فأشبهت نفقتها في حياته . وللشافعي قولان كالروايتين .

وينبغي على هذا الاختلاف فروع ، منها أنه إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا : للنفقة للحمل فننفقتها على سيدها ، لأنها ملكه ، وإن قلنا : لها فعلى الزوج لأن نفقتها عليه ، وإن كان الزوج عبداً ، وقلنا : هي للحمل ، فليس عليه نفقته ، لأنه لا تلزمه نفقة ولده ، وإن قلنا : لها فالنفقة عليه ، لما ذكرناه ، وإن كانت حاملا من نكاح فاسد ، أو وطء شبهة وقلنا : النفقة للحمل ، فعلى الزوج والواطء ، لأنه ولده ، فلزمته نفقته كما بعد الوضع ، وإن قلنا : للحامل فلا نفقة عليها ، لأنها ليست زوجة يجب الإنفاق عليها . وإن نشزت امرأة إنسان وهي حامل ، وقلنا : النفقة للحمل لم تسقط نفقتها ، لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه ، وإن قلنا : لها فلا نفقة لها ، لأنها ناشز .

فصل

٦٥٣٤

ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوماً فيوماً كما يلزمه دفع نفقة الرجعية ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يلزمه دفعها إليها حتى تضع لأن الحمل غير متحقق ولهذا وقفنا الميراث . وهذا خلاف قول الله

تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن » ولأنها محكوم لها بالنفقة فوجب دفعها إليها كالرجعية ، وما ذكره غير صحيح . فإن الحمل يثبت بالأمارات وتثبت أحكامه في منع الفساح والحد والقصاص : وفسخ البيع في الجارية المبينة ، والمنع من الأخذ في الزكاة ، ووجوب الدفع في الديه ، فهو كالمتحقق .

ولا يشبه هذا الميراث فإن الميراث لا يثبت إلا بمجرد الحمل ، فإنه يشترط له الوضع والاستهلال بعد الوضع . ولا يوجد ذلك قبله ولأننا لا نعلم صفة الحمل وقدره ووجود توريثه ، بخلاف مسألتنا ، فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ، ولا تختلف باختلافه ، فإذا ثبت هذا فتى ادعت الحمل فصدقها دفع إليها ، وإن كان حملا فقد استوفت حقها ، وإن بان أنها ليست حاملا رجع عليها ، سواء دفع إليها بحكم الحاكم أو بغيره وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشترط وعنه لا يرجع والصحيح أنه يرجع ، لأنه دفعه على أنه واجب ، فإذا بان أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها ديناً فبان أنه لم يكن عليه دين . وإن أنكر حملها نظر النساء اللواتي فرجع إلى قولهن ، ويقبل قول المرأة الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة ، لأنها شهادة على مالا يطلع عليه الرجال ، أشبه الرضاع ، وقد ثبت الأصل بالخبر .

فصل

٦٥٣٥

ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد . لأنه ليس بينهما نكاح صحيح ، فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عدة عليها ، وإن كان بعد الوطء فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حائلاً لأنه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى ، وإن كانت حاملاً فعلى ما ذكرنا من قبل ، فإن قلنا : لها النفقة إذا كانت حاملاً فلها ذلك قبل التفريق . لأنه إذا وجب بعد التفريق فقبله أولى ، ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها ، أو بعدها لم يرجع عليها ، لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب فهو متطوع به ، وإن لم يكن عالماً فهو مفرط ، فلم يرجع به كما لو أنفق على أجنبية ، وكل معتدة من الوطء في غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطئ نسب ولها فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد . وإن كان لا يلحقه نسب ولها كالزاني فليس عليه نفقتها حاملاً كانت أو حائلاً ، لأنه لا نكاح بينهما ، ولا بينهما ولد ينسب إليه .

مسألة

٦٥٣٦

قال : « وإذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تفتطمه » وإذا خالعت ولم تبرئه من حملها فلها النفقة كما لو طلقها ثلاثاً وهي حامل ، لأن الحمل ولده ، فعليه نفقته وإن أبرأته من الحمل عوضاً في الخلع صح ، سواء كان العوض كله أو بعضه ، وقد ذكرناه في الخلع

ويبرأ حين تغطمه ، إذا كانت قد أبرأت من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك ، أو أطلقت للبراءة من نفقة الحمل وكفالاته ، لأن البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها ، وهي مدة الحمل والرضاع ، لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف إلى العرف ، وإن اختلفا في مدة الرضاع انصرف إلى حواين لقوله سبحانه ^(١) : « وَفَصَلُّهُ فِي عَمَّيْن » وقال تعالى ^(٢) : « وَالْوَالِدَاتُ يَرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ إِنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ الرِّضَاعَةَ » ثم قال ^(٣) : « فَإِنْ أَرَادَ فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا » فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل للعامين إلا بتراض منهما وتشاور ، وإن قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه ، وهو أحسن ، لأنه أقطع للنزاع ، وأبعد من اللبس والاشتباه ، ولو أبرأت من نفقة الحمل انصرف ذلك إلى زمن الحمل قبل وضعه . قال القاضي : إنما صح مخالفتها على نفقة الولد وهي للولد دونها لأنها في حكم المالك لها لأنها هي القابضة لها المستحقة المتصرف فيها فإنها في مدة الحمل هي الآكلة لها المفتتحة بها وبعد الولادة هي أجرة رضاعها وهي الآخذة لها المتصرف فيها أيضاً فصارت كملك من أملاكها ، فصح جعلها عوضاً ، فأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ، ونحو ذلك ، فلا يمارض به في الخلع ، لأنه ليس هو لها ولا هو في حكم ما هو لها .

مسألة

٦٥٣٧

قال : ﴿ والناشر لا نفقة لها . فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها ﴾

معنى النشوز معصيتها لزوجها فيما له عليها ، مما أوجبه له الفكاح ، وأصله من الارتفاع ، مأخوذ من النَشْر ، وهو المكان المرتفع ، فكأن الناشر ارتفعت عن طاعة زوجها ، فسميت ناشراً ، ففقدت من فراشه ، أو خرجت من منزله بغير إذنه ، أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها ، أو من السفر معه ، فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم . منهم الشعبي ، وحامد ، ومالك ، والأوزاعي والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأبو ثور . وقال الحَكَم : لها النفقة . وقال ابن المنذر : لأعلم أحداً خالف هؤلاء إلا الحَكَم ، ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها .

ولنا : أن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه وإذا منعه النفقة كان لها منعه من التمكين ، فإذا منعه التمكين كان له منعه من النفقة ، كما قبل الدخول ، وتخالف المهر فإنه يجب بمجرد العقد ، ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة ، فأما إذا كان له منها ولد فعليه نفقة ولده . لأنها واجبة له ، فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير ، وعليه أن يعطيها إياها

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

(١) سورة لقمان آية ١٤

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٣

إذا كانت هي الحاضنة له أو الرضعة له ، وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه إليها ، لأنه أجر ماله عليه بالإرضاع لا في مقابلة الاستمتاع ، ولا يزول بزواله .

فصل

٦٥٣٨

وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها ، لزوال المسقط لها ، ووجود التمكن المقتضى لها ، وإن كان غائباً لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره ، أو حضور وكيله ، أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الإمكان . ولو ارتدت امرأته سقطت نفقتها ، فإن عادت إلى الإسلام عادت نفقتها بمجرد عودها ، لأن المرتدة إنما سقطت نفقتها بخروجها عن الإسلام ، فإذا عادت إليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة وفي النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده ، أو منعها له من التمكن المستحق عليها ، ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكينه منها ، ولا يحصل ذلك في غيبته ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها في حال غيبته لم تستحق النفقة بمجرد البذل ، كذا ههنا والله أعلم .

باب من أحق بكفالة الطفل

كفالة الطفل وحضنته واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنحازه من ^(١) الممالك ، ويتعلق بها حق تربيته ، لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقاً له فيتمتع بها الحق ككفالة اللقيط . ولا تثبت الحضانة لطفل . ولا معتوه ، لأنه لا يقدر عليها ، وهو محتاج إلى من يكفله ، فكيف يكفل غيره ؟ ولا الفاسق ، لأنه غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة ، ولا حظ للولد في حضنته ، لأنه ينشأ على طريقته ، ولا الرقيق ، وبهذا قال عطاء والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال مالك في حرله ولد حر من أمة : الأم أحق به ، إلا أن تباع فتقتل فيكون الأب أحق به لأنها أم مشفقة فأشبهت الحرة .

ولنا : أنها لا تملك منافعتها التي تحصل الكفالة بها ، لكونها مملوكة لسيدها فلم يكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت ، ولا تثبت لكافر على مسلم . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وسوار ، والعنبري . وقال ابن القاسم ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي : ثبت له ، لما روى عن عبد ^(٢) الحميد بن جعفر ، عن أبيه ، عن جده رافع بن سنان : « أنه أسلم وأبت أمراؤه أن تسلم ، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم

(١) في ١٨ عن الممالك .

(٢) عبد الحميد هو ابن جعفر بن عهد الله بن رافع بن سنان الأنصاري . (ف)

فقالت : ابنتي وهي فطيم أو شبهة ، وقال رافع : ابنتي . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أقعد ناحية . وقال لها : أقمدي ناحية . وقال : ادعواها فمالت الصبية إلى أمها . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها . فمالت إلى أبيها فأخذها ، رواه أبو داود^(١) .

ولنا : أنها ولاية فلا تثبت الكافر على مسلم ، كولاية النكاح والمال ، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى ، فإن ضرره أكثر فإنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر ، وتزيينه له ، وتربيته عليه ، وهذا أعظم الضرر . والحضانة إنما تثبت لحظ الولد ، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه . فأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه ، ولا يثبت به أهل النقل ، وفي إسناد^(٢) مقال . قال ابن المنذر : ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنها تختار أباهما بدموته فكان ذلك خاصاً في حقه .

فأما من بعضه حر فإن لم يكن بينه وبين سيده مهاباة فلا حضانة له ، لأنه لا يقدر عليها لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وإن كان بينهما مهاباة فقياس قول أحمد أن له الحضانة في أيامه ، لأنه قال : كل ما يجرأ فعله النصف من كل شيء . وهذا اختيار أبي بكر . وقال الشافعي : لا حضانة له لأنه كائن عنده . وهذا أصل قد تقدم .

مسألة

٦٥٣٩

قال : (والأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت) .

وجماعته : أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل أو معتوه فأمه أولى الناس بكفالاته إذا كملت للشرائط فيها ذكرأ كان أو أنثى وهذا قول يحيى الأنصاري ، والزهري ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وأبي ثور ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، ولانهم أحداً خافهم . والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص : « أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباي طلقني وأراد أن ينزعه مني . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به ما لم تنكحي » رواه أبو داود^(٣) . وروى : « أن أبا بكر الصديق^(٤) حكم على عمر بن الخطاب بمصم

(١) وأخرجه أيضاً النسائي ج ٦ ص ١٨٥ والحاكم والدارقطني من طريق عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع . (ف)

(٢) قال ابن المنذر : لا يثبت به أهل النقل وفي إسناد مقال وذلك لأنه من رواية عبد الحميد بن جعفر ضعيفة الثوري ويحيى بن معين واختلف في هذا الصبي فقيل : لأنه أنثى ، وقيل : ذكر . (ف) .

(٣) وأخرجه أيضاً عبد الرزاق والدارقطني وإسحاق وصححه الحاكم . (ف)

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة من طريق سعيد بن المسيب بنحو ما ذكر في الكتاب وروى مختصراً في الموطأ ج ٢ ص ١٣٥ . (ف) .

لأمه أم عاصم ، وقال : ربحها وشمها ولطفها خير له منك » ، رواه سعيد في سننه . ولأنها أقرب إليه ، وأشفق عليه ، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمّه أولى به من امرأة أبيه .

فصل

٦٥٤٠

فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة لفقدان الشروط التي ذكرنا فيها أو بعضها فهي كالمعدومة ، وتنتقل إلى من يليها في الاستحقاق . ولو كان الأبوان من غير أهل الحضانة انتقلت إلى من يليهما ، لأنهما كالمعدومين .

فصل

٦٥٤١

ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل ، أو المعتوه ، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه ، وإليه الخبرة في الإقامة عند من شاء من أبويه ، فإن كان رجلا فله الإنفراد بنفسه ، لاستغنائه عنهما . ويستحب ألا يفرد عنهما ، ولا يقطع بره عنهما . وإن كان جارية لم يسكن لها الإنفراد ولأبيها منعها منه ، لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ، ويلحق المار بها وبأهلها ، وإن لم يسكن لها أب فلوليها وأهلها منعها من ذلك .

مسألة

٦٥٤٢

قال : (وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فـسكن مع من اختار منهما) .
وجملته : أن الغلام إذا بلغ سبعا وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه ، فن اختاره منهما فهو أولى به . قضى بذلك عمر ، وعلي ، وشريح ، وهو مذهب الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يخير ، لكن قال أبو حنيفة ، إذا استقل بنفسه فأكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجد بنفسه فالأب أحق به ، ومالك ، يقول : الأم أحق به ، حتى يشغر^(١) . وأما التخيير فلا يصح ، لأن الغلام لا قول له ، ولا يعرف حفظه ،

(١) في مطبوعة الشيخ حامد الفقي (حتى يعرب) وفي مطبوعة المنار مع الشرح الكبير (حتى يشغر)
بالتاء المشاء ، والاصح (حتى يشغر) بالتاء المثلثة كما في المدونة ج ٢ ص ٢٥٦ ومقدمات ابن رشد معها ص ٢٦٢ وانصاه واختلاف في حد الحضانة فقيل إلى البلوغ وقيل إلى الإثنا عشر وهي رواية ابن وهب عن مالك ، انتهى . يقال : أضر الغلام وأضر بتشديد التاء وأضر بتشديد التاء أى نبت ثغره أو سقط فهو من الاضداد والضر الاسنان كلها أو مقدمها ويمكن تشديد التاء في مطبوعة المنار ليصح الكلام ويحمل على نبات الاسنان . (ف)

وربما اختار من يلعب هذه ويترك تأديبه ، ويمكنه من شهواته ، فيؤدى إلى فساد ، ولأنه دون البلوغ فلم يحجر كمن دون السبع .

ولنا : ماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم : « خير غلاماً بين أبيه وأمه » رواه سعيد بإسناده ، والشافعى ، وفى لفظ عن أبي هريرة قال : جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن زوجى يريد أن يذهب بابنى ، وقد سقانى من بئر أبي عتبة^(٢) ، وقد نفعتى ؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك ، وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت . فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به . رواه أبو داود ولأنه إجماع الصحابة ، فروى عن عمر أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه . رواه سعيد ، وروى عن عمارة الجرمي أنه قال : « خيرنى على بين عمى وأمى وكنت ابن سبع أو ثمان » وروى نحو ذلك عن أبي هريرة .

وهذه قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر ، فكانت إجماعاً ، ولأن التقديم فى الحضانة يلحق به الولد ، فيتقدم من هو أشفق ، لأن حظ الولد عنده أكثر ، واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذ لم يمكن اعتبارها بنفسها ، فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ، ويميز بين الإكرام وضده ، فقال إلى أحد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه ، فقدم بذلك ، وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ، ولأن الأم قدّمت فى حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته ، لأنها أعرف بذلك وأقوم به ، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره .

فصل فى

٦٥٤٣

ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر رد إليه ، فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه ، هكذا أبداً ، كلما اختار أحدهما صار إليه ، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه ، فانبغ ما يشتهي كما يقبض ما يشتهي فى المأكول والمشروب . وقد يشتوى المقام عند أحدهما فى وقت ، وعند الآخر فى وقت ، وقد يشتوى النسوة بينهما وألا ينقطع عنهما ، وإن خبرناه فلم يختار واحداً منهما أو اختارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة ، لأنه لازمة لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضائنه ، فقدم أحدهما بالقرعة ، فإذا قدم بها ثم اختار الآخر رد إليه ، لأننا قدمنا اختياره الثانى على الأول ، فعلى القرعة التى هى بدل أولى .

فصل فى

٦٥٤٤

فإن كان الأب معدوماً أو من غير أهل الحضانة ، وحضر غيره من العصبات ، كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب ، فيخير الغلام بين أمه وعصبة ، لأن علياً رضى الله عنه خير عمارة الجرمي بين أمه وعمه ،

(٢) بئر أبي عتبة بكسر العين المهملة وفتح النون بئر على بريد من المدينة .

ولأنه عصبية ، فأشبه الأب وكذلك إن كانت أمه معدومة ، أو من غير أهل الحضانة ، فسلم إلى الجدة ، خير الغلام بينها وبين أبيه ، أو من يقوم مقامه من العصبات ، فإن كان الأبوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كآخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه في التخيير بينها وبين عصبائه للمعنى الذى ذكرناه فى الأبوين ، فإن كان الأبوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما فقال القاضى : لا حضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ونفقته فى بيت المال وبسلم إلى من يحضنه من المسلمين .

فصل

٦٥٤٥

وإنما يخير الغلام بشرطين :

أحدهما : أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم وبمعنى الآخر .

الثانى : أن لا يكون الغلام معتوهاً فإن كان معتوهاً كان عند الأم ولم يخير لأن المعتوه بمنزلة للطفل وإن كان كبيراً ، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ، ولو خير العصبى فاختر أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره لأنه إنما خير حين استقل بنفسه فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما فى حال طفوليته .

مسألة

٦٥٤٦

قال ﴿ وإذا باغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها ﴾ .

وقال الشافعى : يخير كالغلام لأن كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كمن البلوغ ، وقال أبو حنيفة : الأم أحق بها حتى تزوج أو تحيض ، وقال مالك : الأم أحق بها ، حتى تزوج أو يدخل بها الزوج ، لأنها لا حكم لاختيارها ، ولا يمكن انفرادها فكانت الأم أحق بها كما قبل السبع .

ولنا : أن الفرض بالحضانة^(١) الحظ ، والحظ للجارية بعد السبع فى الكون عند أبيها ، لأنها تحتاج إلى حفظ ، والأب أولى بذلك ، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ، ولأنها إذا باغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبى صلى الله عليه وسلم عائشة وهى ابنة سبع ، وإنما تخطب الجارية من أبيها ، لأنه وليها والمالك لتزويجها ، وهو أعلم بالكفاءة ، وأقدر على البحث ، فينبغى أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها ، لأن الشرع لم يرد به فيها ، ولا يصح قياسها على الغلام ، لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ، ولا على سن البلوغ ، لأن قولها حينئذ معتبر فى إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها ، بخلاف مسألةنا ، ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها لما ذكرنا فى دليلنا .

(١) فى ١٨ و ٢٩ : من الحضانة .

٦٥٤٧

فصل

إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً ، لأن تأديبها وتخرجها في جوف البيت ، من تعليمها الغزل والطبخ وغيرها ، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ، ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمرها ، ولا يطيل ولا يندسط ، لأن الفرة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر ، وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيتها ، وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع لا اختياره لها كان عندها ليلاً ، وبأخذ الأب نهاراً ، ليس له في مكتب أو في صناعة ، لأن الفصد حظ الغلام ، وحظه فيما ذكرناه ، وإن كان عند الأب كان عنده ليلاً ونهاراً ، ولا يمنع من زيارة أمه ، لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق ، وقطيعة الرحم ، وإن مرضت كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها ، لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به كالصغير ، وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته ، سواء كان ذكراً أو أنثى ، لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده ، فشئ ولده إليه أولى ، فأما في حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة ، فسترها أولى ، والأم تزور ابنتها ، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة وستر . وستر الجارية أولى ، لأن الأم قد تخرجت وعقلت ، بخلاف الجارية .

٦٥٤٨

فصل

وإذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم ، فالمقيم أو بالحضانة ، لأن في المسافرة بالولد إضراراً به ، وإن كان منتقلاً إلى بلد ليقم به وكان الطريق مخوفاً ، أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفاً ، فالمقيم أولى بالحضانة ، لأن في السفر به خطراً به ، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب إليه ، لأن فيه تفريراً به . وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمناً ، وطريقه آمناً ، فالأب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المنتقل ، إلا أن يكون بين البلدين قريب ، بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه ، ففكون الأم على حضانتها .

وقال القاضي : إذا كان السفر دونه مسافة القصر فهو في حكم الإقامة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لأن ذلك في حكم الإقامة في غير هذا الحكم ، فكذلك في هذا . ولأن مراعاة الأب له ممكنة ، والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه ، وهو أولى ، لأن البعد الذي يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبهه مسافة القصر ، وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ، ومالك ، والشافعي . وقال أصحاب الرأي : إن انتقل الأب فالأم أحق به ، وإن انتقلت الأم إلى البلد الذي كان فيه أصل الفكاح فهي أحق ، وإن انتقلت إلى غيره فالأب أحق .

وحكى عن أبي حنيفة : إن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق ، وإن انتقلت إلى بلد آخر فهمى أحق ، لأن في البلد يمكن تعليمه وتخريجہ ،

ولمّا : أنه اختلف مسكن الأبوين ، فمسكن الأب أحق ، كما لو انتقلت من بلد إلى قرية ، أو إلى بلد لم يسكن فيه أصل الفسكاح ، وما ذكره لا يصح ، لأن الأب في العادة هو الذى يقوم بتأديب ابنه وتخريجہ وحفظ نسبه ، فإذا لم يكن في بلده ضاع ، فأشبهه ما لو كان في قرية ، وإن انتقلا جميعاً إلى بلد واحد فالأم باقية على [أصل ^(١)] حضانتها وكذلك إن أخذ الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الأم حضانتها ، وغير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها ، وغير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما ، أو كونهما من غير أهل الحضانة .

مسألة

٦٥٤٩

قال : ﴿ فإن لم تكن أم أو تزوجت الأم فأم الأب أحق من الخالة ﴾ .
في هذه المسألة فصلان :

أحدهما

٦٥٥٠

أن الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، قضى به شريح ، وهو قول مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وحكى عن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج .

ونقل مهنّا عن أحمد ، إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها ، قيل له : فالجارية مثل الصبي ؟ قال : لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين . فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها ، وأزالها عن الغلام . ووجه ذلك ما روى « أن علياً ، وجهمراً ، وزيد بن حارثة ، تفازعوا في حضانة ابنة حمزة ، فقال على : ابنة عمى ، وأنا أخذتها ، وقال زيد : بنت أخى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخى بين زيد وحمزة ، وقال جعفر : بنت عمى ، وعندى خالتها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الخالة أم ، وسلمها إلى جعفر » ، رواه أبو داود بنحو هذا المعنى فجعل لها الحضانة وهى مزوجة .

والرواية الأولى هى الصحيحة . قال ابن موسى : وعليها للعمل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة : « أنت أحق به ما لم تنكحى » ، ولأنها إذا تزوجت اشتغلت بمقوق الزوج عن الحضانة ، فمسكن الأب أحظ ^(٢) له . ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها ، فأشبهت المملوكة . فأما بنت حمزة فإنما

قضى بها لحالتها لأن زوجها من أهل الحضانة ، ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا على ، وقد ترجع جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة ، فكان أولى وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة^(١) لرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للعبد ، لم تسقط حضانتها ، لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد ، فأشبهه الأم إذا كانت متزوجة للأب ، ولو تنازع العمان في الحضانة وأحدهما متزوج^(٢) للأم أو الخالة فهو أحق ، لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبة تنسب لها وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة قدم بها لذلك ، وظاهر قول الخرقى : أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد ، وإن عرى عن الدخول وهو قول الشافعى ويحتمل ألا تسقط إلا بالدخول ، وهو قول مالك ، لأن به تشتغل عن الحضانة .

ووجه الأول قول النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به ما لم تنكحى » وقد وجد الفساح قبل الدخول ولأن بالعقد يملك منافعتها ويستحق زوجها منعها من حضانتها فزال حقها كالودخل بها .

الفصل الثانى

٦٥٥١

أن الأم إذا عذمت أو تزوجت ، أو لم تكن من أهل الحضانة ، واجتمعت أم أب وخالة ، فأب الأب أحق ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى فى الجديد . وحكى ذلك عن مالك ، وأبى ثور . وروى عن أحمد : أن الأخت والخالة أحق من الأب . فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أب الأم ، وهو قول الشافعى القديم^(٣) لأنها تدلى بأم ، وأم الأب تدلى به ، فقدم من يدلى بالأم ، ككتقديم أم الأم على أم الأب ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بينت حمزة لخالتها ، وقال : « اخلة أم »

ولنا : أن أم الأب جدة وارثة ، فقدمت على الخالة كأم الأم ، ولأن لها ولادة ووراثه ، فأشبهت أم الأم . فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقاً فى الجدة ، وليس النزاع فيه . إنما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع ، وقولهم : تدلى بأم ، قلنا : لكن لا ولادة لها ، فيقدم عليها من له ولادة ، ككتقديم أم الأم على الخالة ، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي أولى بمن هو غير عمودى النسب بكل حال ، وإن علت درجتها ، تفضيلة الولادة والوراثه ، فأما أم أبى الأم فلا حضانه لها ، لأنها تدلى بأبى الأم ولا حضانه له ، ولا من أدلى به .

فصل

٦٥٥٢

فإن اجتمعت أم أم وأم أب ، فأب الأم أحق ، وإن علت درجتها ، لأن لها ولادة ، وهي تدلى بالأم التى تقدم على الأب ، فوجب تقديمها عليه ككتقديم الأم على الأب ، وعن أحمد : أن أم الأب أحق ، وهو قياس

(١) فى المطبوعة : متزوجة وما فى ١٨ أوضح .

(٢) فى المطبوعة متزوج . وما فى ١٨ أوضح (٣) فى ٣٩ فى القديم .

قول الخرق ، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، وخالة الأب أخت أمه ، وخالة الأم أخت أمها ، فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها ، وذلك لأنها تدلى بعصبة مع مساواتهم للأخرى في الولادة ، فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، وإنما قدمت الأم على الأب لأنها التي تلى الحضنة بنفسها ، فكذلك أمه ، فإنها أنثى تلى بنفسها فقدمت لما ذكرناه .

مسألة

٦٥٥٣

قال : ﴿ والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة ﴾ .

وجملته : أنه إذا عدم من يستحق الحضنة من الآباء والأمهات ، وإن علوا انتقلت إلى الأخوات ، وقد من على سائر القرابات ، كالأخالات والعمات وغيرهن ، لأنهن شاركن في النسب ، وقد من في الميراث ، ولأن العمات والأخالات إنما يدين بأخوة الآباء والأمهات ، ولا ميراث لمن مع ذى فرض ، ولا عصبة ، فالمدلى إلى نفس المكفول ويرثه أقرب وأشفق ، فكان أولى .

وأولى الأخوات من كان لأبوين ، اقوة قرابتها ، ثم من كان لأب ، ثم من كان لأم ، نص عليه أحمد ، وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب . وهو قول للزنى ، وابن سريج ، لأنها أدلت بالأم ، فقدمت على المدلية بالأب ، كأم الأم مع أم الأب . وقال ابن سريج : تقدم الخالة على الأخت من الأب لذلك . ولأبي حنيفة فيه روايتان .

ولنا : أن الأخت من الأب أقوى في الميراث ، فقدمت كالأخت من الأبوين ، ولا تخفى قوتها ، فإنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها ، وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد ، وما ذكره من لإدلاء لا يلزم ، لأن الأخت تدلى بنفسها ، لكونهما خلقاً من ماء واحد ، ولها تعصيب ، فكانت أولى ، والله أعلم .

مسألة

٦٥٥٤

قال : ﴿ وخالة الأب أحق من خالة الأم ﴾ .

وجملته أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات انتقلت الحضنة إلى الأخالات ويقدمن على العمات نص عليه أحمد . ويحتمل كلام الخرق تقديم العمات ، لأنه قدم خالة الأب وهي أخت أمه ، على خالة الأم وهي أخت أمها ، فيدل ذلك على تقديم قرابة الأم ، ولأنهن يدين بعصبة ، فقدمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم .

وقال القاضي : مراد الخرق بقوله خالة الأب ، أى : الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، لأن الأخالات أخوات الأم ، فيجربن في الاستحقاق والتقديم فيما

بينهم مجرى الأخوات المفترقات . وكذلك الحكم في العتات المفترقات ، فإن قلنا بتقديم الخالات ، فإذا انقرضت فامت بعمدهن . وإن قلنا بتقديم العتات فالخالات بعدهن . فإذا عدمن انتقلت إلى خالات الأب على قول الخرق . وعلى القول الآخر إلى خالات الأم ، وهل يقدم خالات الأب على عماته ؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا في الخالات والعتات ، فأما عتات الأم فلا حضانة لهن ، لأنهن يدلن بأبي الأم ، وهو رجل من ذوى الأرحام لا حضانة له ، ولا لمن أدلى به .

فصل

٦٥٥٥

وللرجال من المصبات مدخل في الحضانة ، وأولاهم الأب ، ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ من الأبوين ، ثم الأخ من الأب ، ثم بنوهم ، وإن سئلوا على ترتيب الميراث ، ثم العمومة ، ثم بنوهم كذلك ، ثم عمومة الأب ، ثم بنوهم ، وهذا قول الشافعى ، وقال بعض أصحابه : لا حضانة لغير الآباء والأجداد ، لأنهم لا معرفة لهم بالحضانة ، ولا لهم ولاية بأنفسهم ، فلم يكن لهم حضانة كالأجانب .

ولنا : أن علياً وجعفرأ اختصما في حضانة ابنة حمزة ، فلم يفسكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم إدعاء الحضانة ، ولأن لهم ولاية ومصيباً بالقرابة ، فثبتت لهم الحضانة كالأب والجد ، وفارق الأجانب ، فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ، ولأن الأجانب تساوا في عدم القرابة ، فليس واحد منهم أولى بتقديم من الآخر ، والمصبات لهم قرابة يمتازون بها ، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد ، ويقومون مقام الأب في التخيير للصبي بينه وبين الأم أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ، ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعاً ، إلا ابن العم . فإن الجارية لا تسلم إليه إذا بلغت سبعاً ، لأنه ليس بمحرم لها .

فصل

٦٥٥٦

فأما الرجال من ذوى الأرحام كالخال ، والأخ من الأم ، وأبى الأم ، وابن الأخت ، فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم ، لأنه ليس بأسرة يتولى الحضانة ، ولا له قوة قرابة كالمصبات ، ولا حضانة إلا لمن يدلى بهم كأم أبى الأم ، وابنة الخال ، وابنة الأخ من الأم ، لأنهن يدلن بمن لا حضانة له ، فإذا لم تثبت للدلى فللمدلين به أولى . فإن لم يكن هناك غيرهم احتمل وجبن .

أحدهما : هم أولى لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم ، كذلك الحضانة تسكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم .

والثانى : لاحق لهم في الحضانة وينتقل الأمر إلى الحاكم ، والأول أولى .

فصل

٦٥٥٧

في بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء .

أولى السكل بها الأم ، ثم أمهاتها وإن علون ، يقدم منهن الأقرب فالأقرب ، لأنهن نساء ولادتهن متحققه ، فهي في معنى الأم . وعن أحمد : أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم ، فلي هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم ، لأنهن يدلن به فيكون الأب بعد الأم ، ثم أمهاته ، والأولى هي المشهورة عند أصحابنا ، وأن المقدم الأم ثم أمهاتها ، ثم الأب ، ثم أمهاته ، ثم الجد ، ثم أمهاته ، ثم جد الأب ، ثم أمهاته وإن كن غير وارثات ، لأنهن يدلن بعصبة من أهل الحضانة ، بخلاف أم أبي الأم .

وحكى عن أحمد روايه أخرى : أن الأخت من الأم ، والحالة ، أحق من الأب فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات ، والأولى هي المشهورة في المذهب . فإذا انقرض الآباء والأمهات وانتقلت الحضانة إلى الأخوات ، تقدم الأخت من الأبوين ، ثم الأخت من الأب ، ثم الأخت من الأم ، وتقدم الأخت على الأخ ، لأنها امرأة من أهل الحضانة ، تقدمت على من في درجتهم من الرجال كالأم ، تقدم على الأب ، وأم الأب على أبي الأب ، وكل جدة في درجة جد تقدم عليه ، لأنها تلي الحضانة بنفسها ، والرجل لا يليها بنفسه .

وفيه وجه آخر : أنه يقدم عليها ، لأنه عصبة بنفسه ، والأولى أولى . وفي تقديم الأخت من الأبوين ، أو من الأب على الجد وجهان . وإذا لم تكن أخت فالأخ الأبوين أولى ، ثم الأخ للأب ، ثم أباؤهما ، ولا حضانة للأخ للأم ، لما ذكرنا ، فإذا عدموا صارت الحضانة للخالات على الصحيح ، وترتيبهن فيها كترتيب الأخوات . ولا حضانة للأخوال ، فإذا عدمن صارت للعمات ، ويقدمن على الأعمام كتقديم الأخوات على الإخوة ، ثم للعم الأبوين ، ثم للعم للأب ، ولا حضانة للعم من الأم . ثم أباؤهما ، ثم إلى خالات الأب على قول الخرق ، وعلى القول الآخر إلى خالات الأم ، ثم إلى عمات الأب ، ولا حضانة لعمات الأم ، لأنهن يدلن بأب الأم ، ولا حضانة له . وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة قدم المستحق منهم بالقرعة .

فصل

٦٥٥٨

فإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها ففيه وجهان .

أحدهما : تنتقل إلى الأب ، لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق ، فإذا أسقطت حقها سقط فروعها .

والثاني : تنتقل إلى أمها وهو أصح ، لأن الأب أبعد ، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه ،

كما لا تنتقل إلى الأخت ، وكونهن فروعا لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها ، كإسقاط حقها ، لكونها من غير أهل الحضانة ، أو لتزوجها ، وهكذا الحكم في الأب إذا أسقط حقه ، هل يسقط حق أمهانة ؟ على وجهين . وإن كانت أخت من أبوين وأخت من أب ، فأسقطت الأخت من الأبوين حقها ، لم يسقط حق الأخت من الأب ، لأن استحقاقها من غير جهتها وليست فرعاً عليها .

مسألة

٦٥٥٩

قال : ﴿ وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ، ثم طلقت ، رجعت على حقها من كفالتها ﴾ .
وبهذا قال الشافعي ، وأبو نور ، وأصحاب الرأي ، إلا أن أبا حنيفة والمزني قالا : إن كان الطلاق رجعاً لم يعد حقها ، لأن الزوجية قائمة ، فأشبهه مالهو كانت في صلب النكاح ، ولما : أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن ، وقولهم : إنها زوجة ، قلنا : إلا أنه قد عزلها عن فراشه ، ولم يبق لها عليه قسم ، ولا لها به شغل ، وعقد سبب زوال نكاحها ، فأشبهت البائن في عدتها ويخرج عندنا مثل قولها ، لكون النكاح قبل الدخول مزبلاً لحق الحضانة ، مع عدم القسم والشغل بالزوج .

فصل

٦٥٦٠

وكل قرابة تستحق بها الحضانة منعه منها مانع كرك أو كفر أو فسوق أو جنون أو صغر إذا زال المانع مثل أن عتق الرقيق وأسلم الكافر ، وعدل الفاسق ، وعقل المجنون ، وبلغ الصغير ، عاد حقهم من الحضانة ، لأن سببها قائم ، وإنما امتنعت لما منع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق للملازم كالزوجة إذا طلقت .

مسألة

٦٥٦١

قال : ﴿ وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعه من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ، ويخشى عليه التلف ﴾ .

وجملة ذلك : أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ، ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر إليها ، لأن عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات ، سوى أوقات الصلوات ، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الأوقات ، فكان له المنع كالخروج من منزله فإن اضطر الولد بأن لا توجد مرضعة سواها ، أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها ، وجب التمكين من إرضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها ، فقدم على حق الزوج ، كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالملك مثل ضرورته .

فصل

٦٥٦٢

فإن أرادت إرضاع ولدها منه فكلام الخرق يحتمل وجهين :

أحدهما : أن له منعه من رضاعه ، لعدم لفظه ، وهو قول الشافعي ، لأنه يحل باستمتاعه منها فأشبهه ماله كان الولد من غيره .

والثاني : ليس له منعه ، فإنه قال : وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهي أحق به من غيرها ، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ، وذلك لقول الله تعالى ^(١) : « وَالْوَلَدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوَاطِينَ كَامِلِينَ » وهذا خبر يراد به أسر ، وهو عام في كل والد ، ولا يصح من أصحاب الشافعي حمل على المطلقات ، لأنه جعل لمن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره ، وقولنا في الوجه الأول : إنه يحل باستمتاعه . قلنا : ولكن لإيفاء حق عليه ، وليس ذلك بمقتضا . كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب ، سيما إذا تعلق به حق الولد في كونه مع أمه ، وحق الأم في الجمع بينهما ^(٢) وبين وبين ولدها ، وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى ، وهو ظاهر كلام القاضي أبي بعل .

فصل

٦٥٦٣

وإن أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ، ولم يملك الزوج فسخ الإجارة ، ولا ^(٣) منعه من الرضاع حتى تنقضي المدة ، لأن منافعتها ملكت بمقد سابق على نكاحه ، فأشبهه ما لو اشترى أمة مستأجرة ، أو داراً مشفولة . فإن نام العبي أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع . وليس لولي الصبي منعه . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : ليس له وطؤها إلا برضاء الولي ، لأن ذلك ينقص اللبن .

ولما : أن وطء الزوج مستحق بالمقد ، فلا يسقط بأسر مشكوك فيه ، كما لو أذن الولي فيه ، ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولي ، فجاز مع عدمه ، لأنه ليس للولي الإذن فيما بضر الصبي ويسقط حقوقه .

فصل

٦٥٦٤

وإن أجرت المرأة للزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها جاز ، ولزم العقد ، لأن الحق لها ، ولا يخرج عنها . وإن أجرتها بغير إذن الزوج لم يصح ، لما يتضمن من تفويت حق زوجها ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والآخر : يصح لأنه تداول محلا غير محل النكاح ، لكن للزوج فسخه ، لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ . (٢) في ١٨ : بينه

(٣) في النسخ (وله منها) والصواب (ولا منها) كما في الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٩٨ ف

٦٥٦٥

مسألة

قال : ﴿ وعلى الأب أن يترضع لولده ، إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها ، فقد يكون أحق به من غيرها ، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة .
الكلام في هذه المسألة في فصلين :

٦٥٦٦

أولهما

أن رضاع الولد على الأب وحده ، وليس له إجبار أمه على رضاعه ، ذنيئة كانت أو شريفة ، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ، ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافاً ، فأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا ، وبه يقول الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال ابن أبي لبلى ، والحسن بن صالح : له إجبارها على رضاعه ، وهو قول أبي ثور . ورواية عن مالك ، أقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة^(١) » والمشهور عن مالك أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه ، وإن كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه .

ولنا : قوله تعالى : « وَإِنْ تَعَاسَرَ تُمَّ فَسَتُرَضَّعُ لَهُ أُخْرَى^(٢) » ، وإذا اختلفا فقد تعاسرا ، ولأن الإجبار على الرضاع لا يخلو ، إما أن يكون لحق الولد ، أو لحق الزوج . أولها ، لا يجوز أن يكون لحق الزوج ، فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ، ولا على خدمته فيما يختص به . ولا يجوز أن يكون لحق الولد ، فإن ذلك لو كان له لزمها بعد الفرقة ، ولأنه مما يلزم الوالد لولده ، فلزم الأب على الخصوص كالنفقة ، أو كما بعد الفرقة ، ولا يجوز أن يكون لهما ، لأن مالا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بإلزام بعضه إلى بعض ، ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة ، والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر .

٦٥٦٧

الفصل الثاني

أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها فهي أحق به ، سواء كانت في حال الزوجية أو بملها . وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد ، وقال أصحاب الشافعي : إن كانت في حبال الزوج فلزوجها مفعها من إرضاعه ، لأنه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الأحيان . وإن استأجرها على رضاعه^(٣) لم يجز ،

(٢) سورة الطلاق آية ٦ .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

(٣) في ١٨ : إرضاعه .

لأن المنافع حق له ، فلا يجوز أن يستأجر منها ماهر أو بعضه حق له ، وإن أرضعت الولد فهل لها أجر المثل ؟ على وجهين . وإن كانت مطلقة وطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها يسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك ، وإن وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل فله انتزاعه منها في ظاهر المذهب ، لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها . وقال أبو حنيفة : إن طلبت الأجر لم يلزم الأب بذله لها ولا يستقط حقها من الحضانة ، وتأنى المرضعة ترضعه عندها ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين ، فلم يحز الإخلال بأحدهما .

ولنا : على الأول : ما تقدم ، وعلى جواز الاستئجار : أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه ، فجاز مع الزوج كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة . وقولهم : إن المنافع مملوكة له غير صحيح ، فإنه لو ملك منفعة الحضانة للملك إجبارها عليها ، ولم تجز إجارة نفسها لغيره بإذنه ، ولسكانت الأجرة له ، وإنما امتنعت إجارة نفسها للأجنبي بغير إذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الأوقات ولهذا جازت بإذنه . وإذا استأجرها فقد أذن لها في إجارة نفسها ، فصح كما يصح من الأجنبي وأما الدليل على وجوب تقديم الأم إذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى : « والوالدت يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يرضع الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »^(١) وقوله سبحانه : « فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن »^(٢) ولأن الأم أحن وأشفق ، ولبنها أمراً من لبن غيرها ، فسكانت أحن به من غيرها كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ، ولأن في رضاع غيرها تفويهاً لحق الأم من الحضانة ، وإضراراً بالولد ، ولا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب ، والإضرار بالولد افترض إسقاط حق أوجبه الله تعالى على الأب ، وقول أبي حنيفة يفضي إلى تفويت حق الولد من ابن أمه ، وتفويت الأم في إرضاعه لبنها ، فلم يحز ذلك كما لو تبرعت برضاعه . فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها ، أو متبرعة ، جاز انتزاعه منها ، لأنها أسقطت حقها باشتراطها ، وطلبها ما ليس لها فدخلت في عموم قوله : « فسترضع له أخرى » ، وإن لم يجد مرضعة إلا بمثل تلك الأجرة فالأم أحن ، لهما تساوتا في الأجر ، فسكانت الأم أحن ، كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها .

فصل

٦٥٦٨

وإن طلبت ذات الزوج الأجنبي إرضاع ولدها بأجرة مثلها بإذن زوجها ثبت حقها ، وكانت أحن

(٢) سورة الطلاق آية ٦ .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

به من غيرها ، لأن الأم إنما منعت من الإرضاع لحق الزوج ، فإذا أذن فيه زال المانع ، فصارت كغير ذات الزوج ، وإن منعها الزوج سقط حقها ، لتعذر وصولها إلى ذلك .

فصل

٦٥٦٩

وإن أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه ، يقول الله تعالى : **وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ^(١) . ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها ، فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها والله أعلم .

باب نفقة المالك

مسألة

٦٥٧٠

قال رحمه الله **(وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم ، ويكسوم بالمعروف)** .

وجملة ذلك : أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع : أما السنة : فما روى أبو ذر عن عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : **« إخوانكم خولكم »** ^(٢) جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ، وليلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم ما يفتلهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم متفق عليه .

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **« للملوك طعامه وكسوته بالمعروف ، ولا يكلف من العمل مالا يطيق »** . رواه الشافعي في مسنده . وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده ، ولأنه لا بد له من نفقة ، ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به ، فوجب نفقته عليه كهيئته .

والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد ، سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه ، وأدم مثله بالمعروف ، لقوله عليه السلام : **« للملوك طعامه وكسوته بالمعروف »** . والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه ، لقوله : **« فليطعمه مما يأكل »** ، فجمعنا بين الخبرين ، وحملنا خبر أبي هريرة على الأجزاء ، وحديث خبر أبي ذر على الاستحباب والسيد بخير بين أن يجعل نفقته من كسبه إن كان له كسب ، وبين أن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه ، أو يجعله برسم خدمته ، لأن الكل ماله . فإن جعل نفقته في كسبه فكانت وفق للكسب صرفها إليها ، وإن فضل من الكسب شيء فهو لسيده ، وإن كان فيه عوز فعلى سيده تمامها .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

(٢) خولكم : خدمكم وعبيدكم .

وأما الكسوة فالمعروف من غالب الكسوة ، لأمثال العبد في ذلك البلد الذي هو به ، والأولى أن يلبسه من لباسه ، لقوله عليه السلام : « وليلبسه مما يلبس » ، ويستحب أن يساوى بين عبده الذكور في الكسوة والإطعام ، وبين إمائه إن كن للخدمة أو الاستمتاع ، وإن كان فيهن من هو للخدمة وفيهن من هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من يريد لها للاستمتاع في الكسوة ، لأن ذلك حكم العرف ، ولأن غرضه تجميل من يريد لها للاستمتاع ، بخلاف الخادمة .

فصل

٦٥٧١

إذا تولى أحدكم طعامه استحب له أن يجلسه معه فيأكل ، فإن لم يفعل استحب أن يطعمه منه ولو لقة أو لقمتين ، لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجلسه ، فإن أبي فليروغ له اللقمة واللقمتين » ، رواه البخاري ومعنى ترويع اللقمة : غمسها في المرق والدسم ، وترويتها بذلك ، ويدفعها إليه ، ولأنه يشتهي لحضوره فيه ، وتولييه إياه ، وقد قال الله تعالى : « وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ » ^(١) الآية ، ولأن نفس الخاجر تتوق مالا تتوق [إليه] نفس الغائب .

فصل

٦٥٧٢

ولا يكلمه من العمل مالا يطيق ، وهو ما يشق عليه ، ويقرب من المجز عنه لحديث أبي ذر ، ولأن ذلك يضر به ويؤذيه ، وهو ممنوع من الإضرار به .

فصل

٦٥٧٣

ولا يجبر المملوك على المخارجة ، ومعناه أن يضرب عليه خراجاً معلوماً يؤديه ، وما فضل للعبد . لأن ذلك عقد بينهما ، فلا يجبر عليه كالكتابة . وإن طلب العبد ذلك وأباه [السيد] ^(٢) لم يجبر عليه أيضاً ، فإن انفق على ذلك جاز ، لما روى أن أبا طيبة ^(٣) حجج النبي صلى الله عليه وسلم فأعطاه أجره ، وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجهم . وكان كثير من الصعابة يضربون على رقيقهم خراجاً . فروى أن الزبير كان له ألف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم . وجاء أبو لؤلؤة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فسأله

(١) سورة النساء آية ٨ .

(٢) في النسخ (وأباه) والصواب (أباه السيد) كما في مخطوطة ٢٩٠٠ . وكما في الشرح الكبير ج ١ ص ٢٠٣ . (ف)

(٣) في النسخ (أبا طيبة) بالطاء المعجمة والصواب بالطاء المهملة وإسمه نافع - والحديث أخرجه مسلم عن أنس . (ف)

أن يسأل المغيرة بن شمية [أن] يخفف عنه من خراجه ، ثم ينتظر ^(١) فإن كان ذا كسب يعمل ^(٢) عليه بقدر ما يفضل من كسبه على نفقته وخراجه شيء جاز ، فإن لما به نفعا ، فإن العبد يحرص على الكسب وربما فضل منه شيء يزيد في نفقته ويتسع به ، وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز ، وكذلك إن كلف من لا كسب له الخارجة لم يجز . لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : لا تكلفوا الصغير الكسب ، فإنكم متى (كلفتوه) ^(٣) الكسب سرق ، ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب ، فإنكم متى كلفتوها الكسب كسبت بفرجها . ولأنه متى كلف غير ذى الكسب خراجا كلفه ما يغلبه . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تكلفوهم ما يغلبهم » ، وربما حمل ذلك على أن يأتي به من غير وجهه ، فلم يكن للسيد أخذه .

٦٥٧٤

فصل

وإذا مرض المملوك أو زمن أو عوى انقطع كسبه فعلى سيده القيام به ، والإنفاق عليه ، لأن نفقته تجب بالملك ، ولهذا تجب مع الصفر ، والملك باق مع العمى والزمانة ، فتجب نفقته مع عموم النصوص المذكورة في أول الباب .

٦٥٧٥

مسألة

قال : « وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك » .

وجملة ذلك أنه يجب على السيد إعفاف مملوكه إذا طلب ذلك ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجبر عليه ، لأن فيه ضررا عليه ، وليس مما تقوم به البيعة ، فلم يجبر عليه كما طعام الخلاء .

ولنا : قوله تعالى ^(٤) : « وَأَنْكِحُوا الْأَبْيَاحَ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ » والأمر يقتضى الوجوب ، ولا يجب إلا عند الطلب . وروى عن عكرمة عن ابن عباس قال : من كانت له جارية فلم يزوجه ولم يصبها ، أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ، ولولا وجوب إعفافهما لما لحق السيد الإنثم بفعلهما ، ولأنه مكلف محجور عليه دعى [سيده] إلى تزويجه

(١) في ١٨ : ثم ينتظر . ، ومثله في الشرح الكبير ص ٢٠٣ ج ٩ .

(٢) في الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٠٣ (لجعل عليه) . (ف)

(٣) في النسخ (تكافوه) بحذف نون الرفع والصواب (كلفتوه) كافي الشرح الكبير ص ٢٠٣ (ف)

(٤) سور الطلاق آية ٢٢ .

فلزمته إجابته كالحجور عليه للسفه ، ولأن النكاح مما تدعو إليه الحاجة غالباً ، ويتضرر بفواته ، فأجبر عليه كالنفقة ، بخلاف الحلواء .

إذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تملكه أمة يقسرها^(١) ، وله أن يزوجه عند طلبه ، لأن هذا مما يختلف الناس فيه وفي الحاجة إليه ، ولا تعلم حاجته إلا طلبه ، ولا يجوز تزويجه إلا باختياره ، فإن إجبار العبد الكبير على النكاح غير جائز ، فأما الأمة فالسيد مخير بين تزويجها إذا طابت ذلك ، وبين أن يستمتع بها فيفنيها باستمئاعه عن غيره ، لأن المقصود قضاء الحاجة ، وإزالة ضرر الشهوة ، وذلك يحصل بأحدهما ، فلم يتعين أحدهما .

فصل

٦٥٧٦

وإذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلاً ، لأن إذنه في النكاح إذن في الاستمتاع المعتاد ، والعادة جارية بذلك ليلاً ، وعليه نفقة زوجته على ما قدمنا .

مسألة

٦٥٧٧

قال : ﴿ فإن امتنع أجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك ﴾ .

وجملته : أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج ، فطلب العبد البيع ، أجبر سيده عليه ، سواء كان امتناع السيد من ذلك لمجزئه عنه ، أو مع قدرته عليه ، لأن بقاء ملكه عليه مع الإخلال بسد خلته إضرار به ، وإزالة الضرر واجبة ، فوجبت إزالته ، ولذلك أبحنا للمرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها .

وقد روى في بعض الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عبدك يقول أطعمني وإلا فبعني ، واسأرك تقول أطعمني أو طلقني^(٢) » ، وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بمقوق عبده فطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه ، وقد نص عليه أحمد . قال أبو داود : قيل لأبي عبد الله رحمه الله : استباعت المملوكة^(٣) وهو يسكوها مما يلبس ، ويطعمها مما يأكل . قال : لا تباع وإن أكرهت من ذلك ، إلا أن تحتاج إلى زوج ، فتقول : زوجني . وقال عطاء ، وإسحاق ، في للعبد يحسن إليه سيده وهو يستبيع :

(١) في ١٨ يتسرى بها .

(١) نص الحديث في البخارى عن أبي هريرة قال قال صلى الله عليه وسلم : أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ بمن تعمل ، تقول المرأة : إما أن أطعمنى وإما أن تطلقنى ويقول العبد : أطعمنى واستعملنى ويقول الابن أطعمنى ، إلى من تدعى ... ؟ ف

(٣) على هامش ١٨ : زيادة (نفسها) . من نسخة أخرى . أى : طلبت من سيدها بيعها .

لا يبيعه ، لأن الملك للسيد ، والحق له ، فلا يجبر على إزالته من غير ضرر بالعبد ، كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ، ولا على بيع بهيمة مع الإنفاق عليها .

مسألة

٦٥٧٨

قال (وليس عليه نفقة مكانه إلا أن يعجز) .

لا خلاف في أن المالك لا يلزم سيده نفقة ، لأن الكتابة عقد أوجب ملك المالك المالك كسب نفسه وماله ، ومنع السيد من التصرف فيهما ، فلا يملك استخدامه ، ولا إجارته ، ولا إعارته ، ولا أخذ كسبه ، ولا أرش الجنابة عليه ، ولا يلزمه أداء أرش جنابته ، فسقطت نفقة عنه ، كما لو باعه أو أعتقه . فإذا عجز عارقيًا فذلًا ، وعاد إليه ملك نفقه وإكسابه ، فعادت عليه نفقة ، كما لو اشتراه بعد بيعه .

مسألة

٦٥٧٩

قال (وليس له أن يسترضع الأمة لغيرها ولدها إلا أن يكون فيها فضل من ربه) .

أما إذا أراد استرضاع أمته لغير ولدها مع كونه لا يفضل عنه ، فليس له ذلك ، لأن فيه إضرارًا بولدها لنقصه من كفايته ، وصرف اللبن الخلق لولدها إلى غيره ، مع حاجته إليه ، فلم يجوز كما لو أراد أن ينقص الكبير من كفايته ومؤنته ، فإن كان فيها فضل عن ربي ولدها جاز ، لأنه ملكه ، وقد استغنى عنه الولد ، فكان له استيفاءه كالفاضل من كسبه عن مؤنتها ، وكما لو مات ولدها وبقي ابنها .

مسألة

٦٥٨٠

قال (وإذا رهن المملوك أنفق عليه سيده) .

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « الرهن ^(١) من رهنه له غنمه ، وعليه غرمه » ، ونفقة من غرمه ، ولأنه ملك الرهن ، ونماؤه له ، فكانت عليه نفقته كغير الرهن ، وقد ذكرت هذه المسألة في باب الرهن .

مسألة

٦٥٨١

قال (وإذا أبق العبد فلن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه) .

(١) عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يطلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه » . أخرجه الدارقطني والحاكم ورجاله ثقات إلا أن المحفوظ عند أبي داود وغيره لإرساله (ف)

إنما كان كذلك لأن نفقة العبد على سيده ، وقد قام الذي جاء به مقام سيده في الواجب عليه ، فرجع به عليه كما لو أذن له . وقال الشافعي : لا يرجع بشيء ، لأنه متبرع بإتفاق لم يجب عليه .

ولنا أنه أدى عنه ما وجب عليه عند تملكه أدائه منه ، فرجع به عليه ، كما لو أدى الحاكم من الممتنع من الإنفاق على أسرته ما يجب عليه من النفقة . ويتخرج ألا يرجع بشيء ، بناء على الرواية الأخرى فيمن أنفق على الرهن الذي عنده ، أو الودعة ، أو الجمل إذا هرب الجمل فتركها مع المستأجر .

فصل

٦٥٨٢

وله تأديب عبده وأمه إذا أذنباً بالتوبيخ والضرب الخفيف ، كما يؤدب ولده وأسرته في النشوز ، وليس له ضربه على غير ذنب ، ولا ضربه ضرباً مبرحاً وإن أذنب ، ولا لطمه في وجهه ، وقد روى عن ابن مقرن المزني ، قال : لقد رأيتني سابع سبعة ليس لنا إلا خادم واحد ، فلطمها أحدنا ، فأمرنا النبي صلى الله عليه وسلم بإعتاقها فأعتقناها^(١) . وروى عن أبي مسعود قال^(٢) : كنت أضرب غلاماً لي ، فإذا رجل من خلفي يقول : « إعلم أبا مسعود ، إعلم أبا مسعود » ، فالتفت فإذا النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « إعلم أبا مسعود ، أن الله أقدر عليك منك على هذا الغلام » .

فصل

٦٥٨٣

ومن ملك بهيمة لزمه القيام بها ، والإنفاق عليها ما تحتاج إليه من علفها ، أو إقامة من يرعاها ، لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعاً ، فلاهي أطعمتها ولا أرسلتها تأكل من خشاش الأرض » . متفق عليه . فإن امتنع من الإنفاق عليها أجبر على ذلك ، فإن أبي أو عجز أجبر على بيعها أو ذبحها إن كانت مما يذبح . وقال أبو حنيفة : لا يجبره السلطان ، بل يأمره به كما يأمره بالمعروف ، وينهاه عن المنكر ، لأن البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم ، ألا ترى أنه لا تصح منها الخصومة ، ولا ينصب عليها خصم ، فصارت كالزروع والشجر .

ولنا : أنها نفقة حيوان واجبة عليه ، فكانت للسلطان إجباره عليها كنفقة العبيد ، ويفارق نفقة الشجر والزروع ، فإنها لا تجب ، فإن عجز عن الإنفاق وامتنع من البيع بيعت عليه ، كما يباع العبد

(١) أخرجه أبو داود عن سويد بن مقرن . (ف)

(٢) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي عن أبي مسعود البدرى . (ف)

إذا طلب البيع عند إعتسار سيده بنفقته ، وكما يفسخ نكاحه إذا أعتسر بنفقة امرأته ، وإن عطبت
 البهيمة فلم ينتفع بها . فإن كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والإنفاق عليها ، وإن كانت مما لا يؤكل أجبر
 على الإنفاق عليها كالعبد الزَّيْمِ على ما ذكرناه فيما مضى ، ولا يجوز أن يحمل البهيمة مالا يطيق ، لأنها
 في معنى العبد ، وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم تسكليف العبد مالا يطيق ، ولأن فيه تعذيباً للحيوان
 الذى له حرمة في نفسه ، وإضراراً به وذلك غير جائز ، ولا يحاب من لبنها إلا ما يفضل عن كفاية ولدها ،
 لأن كفايته واجبة على مالسه ، ولبن أمه مخلوق له ، فأشبهه ولد الأمة .

كتاب الجراح

بني كتاب الجنائيات . وإنما عبر عنها بالجراح لغلبة وقوعها به ، والجنافية : كل فعل عدوان على نفس ، أو مال ، لسكرتها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعمد على الأبدان . وسموا الجنائيات على الأموال غصباً ، ونهباً ، وسرقة ، وخيانة ، وإتلافاً .

فصل

٦٥٨٤

وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق ، والأصل فيه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى : « وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيٍّ سُلْطَانًا^(١) » . وقال تعالى : « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً^(٢) » وقال : « وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ^(٣) » الآية . وأما السنة : فروى عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله ، وأني رسول الله ، إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه ، المفارق للجماعة » . منفق عليه ، وروى عثمان وعائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله في آي وأخبار سوى هذه كثيرة .

ولا خلاف بين الأمة في تحريمه ، فإن فعله إنسان متعمداً فسق ، وأسره إلى الله ، إن شاء عذبه ، وإن شاء غفر له ، وتوبته مقبولة في قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن عباس : إن توبته لا تقبل^(٤) ، للآية التي ذكرناها ، وهي من آخر ما نزل قال ابن عباس : ولم ينسخها شيء ، ولأن لفظ الآية لفظ الآية لفظ الخبر ، والأخبار لا يدخلها نسخ ولا تغيير ، لأن خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقاً .

ولنا : قول الله تعالى : « إِنْ اللَّهُ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ^(٥) » . فجعله داخلاً في المشيئة . وقال تعالى : « إِنْ اللَّهُ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعًا^(٦) » وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إِنْ^(٧) رجلا قتل مائة رجل ظلماً ، ثم سأل هل له من توبة ؟ فدل على عالم فسأله ، فقال : ومن يحول بينك وبين التوبة ، ولكن أخرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة ، فاعبد الله فيها ،

(٢) سورة النساء آية ٩٢

(١) سورة الإسراء آية ٢٣

(٤) في ١٨ : لا تقبل توبته .

(٢) سورة النساء آية ٩٣

(٦) سورة الزمر آية ٥٣

(٥) سورة النساء آية ١١٦

(٧) أخرجه البخاري عن أبي سعيد المنذري وقد رواه المؤلف بمعناه . (ف) .

مخرج تائباً ، فأدركه الموت في الطريق ، فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة المذاب ، فبعث الله إليهم ملائكة ، فقال : قيسوا ما بين القريتين ، فإلى أيهما كان أقرب فاجملوه من أهلها ، فوجدوه أقرب إلى القرية الصالحة بشبر ، فجلوه من أهلها » ولأن التوبة تصح من الكفر ، فمن القتل أولى ، والآية محمولة على من لم يتب ، أو على أن هذا جزاؤه إن جازاه ، وله العفو إذا شاء . وقوله : لا يدخلها النسخ ، قلنا : لكن يدخلها التخصيص والتأويل .

مسألة

٦٥٨٥

قال أبو القاسم رحمه الله (والقتل على ثلاثة أوجه : عمد ، وشبه العمد ، وخطأ) .
أكثر أهل العلم يرون القتل مقسماً إلى هذه الأقسام الثلاثة . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وبه قال للشعبي ، والنخعي ، وقتادة ، وحامد ، وأهل العراق ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأنكر مالك شبه العمد ، وقال : ليس في كتاب الله إلا العمد ، والخطأ . فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا ، وجعله من قسم العمد . وحكى عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والمصا مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها » . رواه أبو داود وفي لفظ : « قتيل خطأ العمد » وهذا نص يقدم على ما ذكره ، وقسمه أبو الخطاب أربعة أقسام . فزاد قسماً رابعاً وهو ما أجرى مجرى الخطأ . نحو أن يقاتل نائم على شخص فيقتله ، أو يقع عليه من علو ، والنقل بالسبب ، كحفر البئر ، ونصل السكين ، وقتل غير المسكف أجرى^(١) الخطأ ، وإن كان عمداً ، وهذه الصورة التي ذكرها عند أكثرين من قسم الخطأ ، فإن صاحبها لم يعمد الفعل أو عمده ، وليس هو من أهل القصد الصحيح ، فسموه خطأ ، فأعطوه حكمه ، وقد صرح الخرق بذلك ، فقال في الصبي والجنون : عمدهما خطأ .

مسألة

٦٥٨٦

قال : (فالعمد ما ضربه بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط ، أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله ، أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة ، أو فعل به فعلاً الغالب من ذلك للفعل أنه يتلف) .
وجملة ذلك أن العمد نوعان :

أحدهما

٦٥٨٧

أن يضره بمعدد ، وهو ما يقطع ، ويدخل في البدن ، كالسيف والسكين والسنان وما في معناه مما يحد فيجرح ، من الحديد ، والنحاس ، والرصاص ، والذهب ، والفضة ، والزجاج ، والحجر ، والقصب

(١) الأولى (أجرى مجرى الخطأ) (ف)

والخشب . فهذا كله إذا جرح به جرحاً كبيراً فمات فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين العلماء فيما علمناه .
فأما إن جرحه جرحاً صغيراً كشرطة الحجامة ، أو غرزة بإبرة أو شوكة نظرت . فإن كان في مقتل كالعين
والفؤاد ، والخاصرة ، والصدغ ، وأصل الأذن ، فمات فهو عمد أيضاً ، لأن الإصابة بذلك في المقتل كالجرح
بالسكين في غير المقتل . وإن كان في غير مقتل نظرت . فإن كان قد بالغ في إدخالها في البدن فهو كالجرح
الكبير ، لأن هذا يشهد أنه ، وينفخ إلى القتل كالكبير . وإن كان الغور يسيراً ، أو جرحه بالكبير
جرحاً لطيفاً ، كشرطة الحجامة فمات دونها ، فقال أصحابنا : إن بقي من ذلك ضمناً حتى مات ففيه القود ، لأن
الظاهر أنه مات منه ، وإن مات في الحال ففيه وجهان :

أحدهما : لا قصاص فيه ، قاله ابن حامد : لأن الظاهر أنه لم يمت منه ، ولأنه لا يقتل غالباً ، فأشبهه العصا
والسوط والتعليل الأول أجود لأنه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهراً كان ذلك شبهة في درء القصاص
ولو كانت العلة كونه لا يحصل به القتل غالباً لم يفترق الحال بين موته في الحال وموته متراخياً عنه كسائر
مالا يجب به القصاص .

والثاني : فيه القصاص لأن الحد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل ما لو قطع شجرة
أذنه ، أو قطع أذنه ، ولأنه لما لم يكن إدارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محدداً ،
ولا يعتبر ظهور الحكم في آحاد صور المظنة بل يكفي احتمال الحكمة ، ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقي
ضمناً مع أن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الإفضاء وإبطائه . ولأن في البدن مقاتل خفية ،
وهذا له سرية ومور فأشبهه الجرح الكبير ، وهذا ظاهر كلام الخرق فإنه لم يفرق بين الصغير والكبير
وهو مذهب أبي حنيفة وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا .

النوع الثاني

٦٥٨٨

القتل بغير الحد مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص أيضاً
وبه قال النخعي ، والزهري ، وابن سيرين ، وحامد ، وعمر بن دينار ، وابن أبي ليلى ، ومالك ، والشافعي
وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال الحسن : لا قود في ذلك ، وروى ذلك عن الشعبي ، وقال ابن
المسيب ، وعطاء وطاوس : العمد ما كان بالسلاح . وقال أبو حنيفة : لا قود في ذلك إلا أن يكون قتله
بالنار ، وعنه في مثقل الحديد روايتان ، واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « ألا إن في قتل عمد
الخطأ قتل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » فسماه عمد الخطأ ، وأوجب فيه الدية دون القصاص ،
ولأن العمد لا يمكن اعتباره بنفسه ، فيجب ضبطه بمظنته ، ولا يمكن ضبطه بما يقتل غالباً ، لحصول العمد
بدونه في الجرح الصغير ، فوجب ضبطه بالجرح .

ولنا : قول الله تعالى : (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا)^(١) وهذا مقتول ظلماً . وقال الله تعالى : (كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ)^(٢) .

وروى أنس : « أن يهودياً قتل جارية على أوضاع »^(٣) لها بحجر ، فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين « متفق عليه . وروى أبو هريرة قال قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما يودي ، وإما أن يقاد » متفق عليه ، ولأنه يقتل غالباً ، فأشبهه الحد . وأما الحديث فمحمول على المقتل الصغير ، لأنه ذكر المصا والوط ، وقرن به الحجر ، فدل على أنه أراد ما يشبههما ، وقولهم : لا يمكن ضبطه ممنوع ، فإنما نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به ، فإذا شككنا لم نوجبه مع الشك ، وصغير الجرح قد سبق القول فيه ، ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح ، بدليل ما لو قتله بالنار ، أو بمنقل الحديد . إذا ثبت هذا فإن هذا النوع يتنوع أنواعاً :

أحدها

٦٥٨٩

أن يضربه بمنقل كبير يقتل مثله غالباً ، سواء كان من حديد كاللث والسندان والمطرقة ، أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة ، وحد الخرق الخشبية الكبيرة بما فوق عمود الفسطاط ، يعني العمود التي يتخذها الأعراب لبيوتها وفيها دقة ، فأما عمد الخيام فكبيرة تقتل غالباً فلم يردها الخرق ، وإنما حدد الموجب للقصاص بما فوق عمود الفسطاط لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن المرأة التي ضربت جارتها بممود فسطاط فقتلتها وجنينها ، قضي النبي صلى الله عليه وسلم في الجنين بقرعة ، وقضي بالدية على عاقبتها والمائلة لا تحمل العمد ، فدل على أن القتل بممود الفسطاط ليس بعمد ، وإن كان أعظم منه فهو عمد ، لأنه يقتل غالباً ، ومن هذا النوع أن يلقى عليه حائطاً أو صخرة أو خشبة عظيمة ، أو ما أشبه ، مما يهلكه غالباً ، فيهلكه ، ففيه القود ، لأنه يقتل غالباً .

النوع الثاني

٦٥٩٠

أن يضربه بمنقل صغير ، كالصبي ، والسوط ، والحجر الصغير ، أو بالسكز بهده في مقتل ، أو في حال ضعف من المضروب ، لمرض أو صفر ، أو في زمن مفرط الحر ، أو البرد ، بحيث تقتله الضربة ، أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالباً ، ففيه القود ، لأنه قتله بما يقتل مثله غالباً ، فأشبهه الضرب بمنقل كبير . وإن لم يكن كذلك في جميع ما ذكرناه فهو عمد الخطأ ، وفيه الدية ، إلا أن يصغر جداً ، كالضربة بالقلم والأصبع في غير مقتل ، ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به ، فلا قود فيه ولا دية ، لأنه لم يمت به ،

(١) سورة الإسراء آية ٣٣ (٢) سورة البقرة آية ١٨٧ .

(٢) أوضح : جمع وضع وهو نوع من الحلوى يعمل من الفضة سميت بها لبياضها (ف)

وكذلك إن مسه بالسكبير ، ولم يضربه به ، لأن الدية إنما تجب بالقتل ، وليس هذا بقتل .

النوع الثالث

٦٥٩١

أن يمنع خروج نفسه ، وهو ضربان :

أحدهما : أن يجعل في عنقه خراطة ثم يعلقه في خشبة أو شيء بحيث يرتفع عن الأرض فيخنق ويموت فهذا عمد ، سواء مات في الحال أو بقي زمناً ، لأن هذا أوحى أنواع الخنق ، وهو الذي جرت للعادة بفعله من الولاة في اللصوص وأشباههم من المفسدين .

والضرب الثاني : أن يخنقه وهو على الأرض بيديه ، أو مندبل ، أو حبل ، أو يغمه بوسادة أو شيء يضعه على فيه وأنفه ، أو يضع يديه عليهما فيموت . فهذا إن فعل به ذلك مدة يموت في مثلها غالباً فإت فهو عمد فيه القصاص ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والنخعي ، والشافعي . وإن فعله في مدة لا يموت في مثلها غالباً فإت فهو عمد الخطأ ، إلا أن يكون ذلك يسيراً في العادة بحيث لا يقوم الموت منه ، فلا يوجب ضماناً ، لأنه بمنزلة لمسه ، وإن خنقه وتركه مثلاً حتى مات ففيه القود ، لأنه مات من سراية جنائبه ، فهو كالمت من سراية الجرح ، وإن تنفس وصح ثم مات فلا قود ، لأن الظاهر أنه لم يمت منه ، فأشبهه ما لو اندمل الجرح ثم مات .

النوع الرابع

٦٥٩٢

أن يلقيه في مهلكة ، وذلك على أربعة أضرب :

أحدها : أن يلقيه من شاهق ، كرأس جبل ، أو حائط عال : يهلك به غالباً ، فيموت فهو عمد . الثاني : أن يلقيه في نار ، أو ماء يفرقه ، ولا يمكنه التخلص منه ، إما لكثرة الماء ، أو النار ، وإما لعدم جزئه عن التخلص ، لمرض أو صغر ، أو كونه مربوطاً ، أو منعه الخروج ، أو كونه في حفيرة لا يقدر على الصمود منها ، ونحو هذا . أو ألقاه في بئر ذات نفس فإت به ، عالمك بذلك ، فهذا كله عمد ، لأنه يقتل غالباً ، وإن ألقاه في ماء يسير يقدر على الخروج منه ، فلبث فيه اختياراً حتى مات فلا قود فيه ولا دية ، لأن هذا الفعل لم يقتله ، وإنما حصل موته بلبثه فيه ، وهو فعل نفسه ، فلم يضمه غيره ، وإن تركه في نار يمكنه التخلص منها أقتها ، أو كونه في طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة ، فلم يخرج حتى مات فلا قود ، لأن هذا لا يقتل غالباً ، وهل يضمه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يضمه ، لأنه مهلك لنفسه بإقامته ، فلم يضمه كما لو ألقاه في ماء يسير ، لكن يضم من ما أصابت للنار منه .

والثاني : يضمه ، لأنه جان بالإلقاء المفضي إلى الهلاك ، وترك التخلص لا يسقط الغمان : كما لو فصده

فترك شد فصاده ، مع إمكانه ، أو جرحه فترك مداواة جرحه ، وفارق الماء ، لأنه لا يهلك بنفسه ولهذا يدخله الناس للفسل والسباحة والصيد ، وأما النار فيسيرها يهلك ، وإنما تعلم قدرته على التخلص بقوله : أنا قادر على التخلص ، أو نحو هذا ، لأن النار لها حرارة شديدة ، فربما أزعمته حرارتها عن معرفة ما يتخلص به ، أو أذهبت عقله بالمهاوروعتها ، وإن ألقاه في لجة لا يملكه التخلص منها فالتقمه حوت فقيه وجبان :

أحدهما : عليه القود ، لأنه ألقاه في مهاكة فهلك ، فأشبهه مالهو غرق فيها .

والثاني : لا قود عليه ، لأنه لم يهلك بها ، أشبهه مالهو قتله آدمي آخر ، وإن ألقاه في ماء يسير فأكله سمع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه ، لأن الذي فعله لا يقتل غالباً وعليه ضمانه لأنه هلك بفعله .

الضرب الثالث : أن يجمع بينه وبين أسد أو نمر في مكان ضيق ، كزبينة^(١) ونحوها ، فيقتله ، فهذا عمد فيه القصاص ، إذا فعل السبع به فعلاً يقتل مثله ، وإن فعل به فعلاً لو فعله الآدمي لم يكن عمداً لم يجب القصاص به ، لأن السبع صار آلة للآدمي ، فكان فعله كفعله ، وإن ألقاه مكتوفاً بين يدي الأسد أو النمر في فضاء فأكله فعليه القود ، وكذلك إن جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فتهشته فقتله ، فعليه القود ، وقال القاضي : لا ضمان عليه في الصورتين ، وهو قول أصحاب الشافعي ، لأن الأسد والحية يهربان من الآدمي ، ولأن هذا سبب غير ملجئ .

ولنا : أن هذا يقتل غالباً ، فكان عمداً محضاً ، كسائر الصور ، وقولهم : إيهما يهربان غير صحيح ، فإن الأسد يأخذ الآدمي المطلق ، فكيف يهرب من مكتوف ألقى إليه لياً أكله ؟ والحية إنما تهرب في مكان واسع ، أما إذا ضاق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسها بالنهش على ماهو العادة .

وقد ذكر القاضي فيمن ألقى مكتوفاً في أرض مسبعة ، أو ذات حيات فقتله ، أن في وجوب القصاص روايتين ، وهذا تذاقض شديد ، فإنه نفي الضمان بالكيفية في صورة كان القتل فيها أغلب ، وأوجب القصاص في صورة كان فيها أندر ، والصحيح أنه لا قصاص ههنا ، ويجب الضمان ، لأنه فعل به فعلاً متعمداً تلف به لا يقتل مثله غالباً ، وإن أنهشه حية أو سمعاً فقتله فعليه القود . إذا كان ذلك مما يقتل غالباً ، فإن كان مما لا يقتل غالباً كشمبان الحجاز ، أو سمع صغير ، فقيه وجبان :

أحدهما : فيه القود ، لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به ، وهذا جرح ، ولأن الحية من جنس ما يقتل غالباً .

(١) الزبينة : الراية لا يعلوها الماء وفي المثل : (قد بلغ السيل الزبي) وهي أيضاً حفرة تحفر للأسد وكانوا يحفرونها في مكان مرتفع :

والثاني : هو شبهة العمد ، لأنه لا يقتل غالباً ، أشبه الضرب بالمصا والحجر . وإن كتفه وأقامه في أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات ، فهو شبه العمد . وقال أصحاب الشافعي : هو خطأ محض .

ولنا : أنه فعل به فعلاً لا يقتل مثله غالباً عمداً ، فأفضى إلى هلاكه ، أشبه ما لو ضربه بمصاً فمات ، وكذلك إن أقامه مشدوداً في موضع لم يعمد وصول زيادة الماء إليه ، فأما إن كان في موضع يعلم وصول زيادة الماء إليه في ذلك الوقت فمات بها فهو عمد محض ، وإن كانت غير معلومة ، إما لكونها محتملة الوجود وعدمه ، أو لانعدام أصلاً ، فهو شبه عمد .

الضرب الرابع : أن يجسه في مكان ، ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت ، فعليه القود ، لأن هذا يقتل غالباً ، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال ، فإذا كان عطشان في شدة الحرّ مات في الزمن القليل ، وإن كان ريان والزمن بارد أو معتدل لم يموت إلا في زمن طويل ، فمعتبر هذا فيه . وإن كان في مدة يموت في مثلها غالباً ففيه القود [وإن كان لا يموت ^(١) في مثلها غالباً ففيه القود] وإن كان لا يموت في مثلها غالباً فهو عمد الخطأ ، وإن شككنا فيها لم يجب القود ، لأننا شككنا في السبب ، ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه ، سيما القصاص الذي يسقط بالشبهات .

النوع الخامس

٦٥٩٣

أن يسقيه سماً ، أو يطعمه شيئاً قاتلاً فيموت به ، فهو عمد ^(٢) موجب للقود إذا كان مثله يقتل غالباً ، وإن خلطه بطعام وقدمه إليه فأكله أو أهدها إليه ، أو خلطه بطعام رجل ، ولم [يعلم] ذلك ، فأكله فعليه القود ، لأنه يقتل غالباً . وقال الشافعي في أحد قوليه : لا قود عليه ، لأنه أكله مخفّراً ، فأشبه ما لو قدم إليه سكيناً فطعن بها نفسه . ولأن أنس بن مالك روى أن يهودية أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاة مسمومة ، فأكل منها النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يقتلها النبي صلى الله عليه وسلم . قال : وهل يجب القود ؟ فيه قولان :

ولنا : خبر اليهودية ، فإن أبا سلمة قال فيه : فمات بشر بن البراء ، فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فقتلت . أخرجه أبو داود ، ولأن هذا يقتل غالباً ، ويتخذ طريقاً إلى القتل كثيراً ، فأوجب القصاص كما لو أكرهه على شربه ، فأما حديث أنس فلم يذكر فيه أن أحداً مات منه ولا يجب القصاص إلا أن يقتل به ، ويجوز أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتلها قبل أن يموت بشر بن البراء ، فلما مات أرسل إليها النبي صلى الله عليه وسلم فسأها ، فاعترفت ، فقتلها ، فنقل أنس صدر القصة دون آخرها ،

(١) ما بين الحاصرين لا وجود له في الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٧ وموجود في نسخ المغني رحمه الله هو الصواب . ف

(٢) في ٣٩ : وهو عمد .

ويتعين حله عليه جماعاً بين الخبرين ، ويجوز أن يترك قتلها لكونها ما قصدت بشر بن البراء ، إنما قصدت قتل النبي صلى الله عليه وسلم ، فاختلف العمدة بالنسبة إلى بشر ، وفارق تقديم السكين ، لأنها لا تقدم إلى إنسان ليقتل بها نفسه ، إنما تقدم إليه لينتفع بها ، وهو عالم بمضرتها ونفعها ، فأشبهه مالهو قدم إليه السم وهو عالم به .

فأما إن خلط السم بطعام نفسه ، وتركه في منزله ، فدخل إنسان فأكله فليس عليه ضمان بقصاص ولا دية ، لأنه لم يقتله ، وإنما الداخل قتل نفسه ، فأشبهه مالهو حفر في داره بئراً فدخل رجل فوقع فيها ، وسواء قصد بذلك قتل الآكل ، مثل أن يعلم ظالمًا يريد هجوم داره فترك السم في الطعام ليقتله ، فهو كما لو حفر بئراً في داره ليوقع فيها الأعمى إذا دخل ليسرق منها ، ولو دخل بإذنه فأكل الطعام المسموم بغير إذنه لم يضمنه لذلك ، وإن خلطه بطعام رجل أو قدم إليه طعاماً مسموماً وأخبره بسمه ، فأكله لم يضمنه ، لأنه أكله عالمًا بحاله ، فأشبهه مالهو قدم إليه سكيناً فوجأ بها نفسه ، وإن سقى إنساناً سماً أو خلطه بطعامه فأكله ولم يعلم به وكان مما لا يقتل مثله غالباً فهو شبه عمد ، فإن اختلف فيه هل يقتل مثله غالباً أو لا ، وثم بيّنة تشهد ، عمل بها ، وإن قالت البيّنة : هو يقتل النّضو الضعيف دون القوى ، أو غير هذا عمل على حسب ذلك ، وإن لم يكن مع أحدهما بيّنة فاقول قول الساقى ، لأن الأصل عدم وجوب القصاص ، فلا يثبت بالشك ، ولأنه أعلم بصفة ماسقى . وإن ثبت أنه قاتل . فقال : لم أعلم أنه قاتل . ففيه وجهان : أحدهما : عليه القو : ، لأن السم من جنس ما يقتل به غالباً فأشبهه مالهو جرحه وقال لم أعلم أنه يموت منه .

والثاني : لا قود عليه ، لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل ، وهذه شبهة يسقط بها القود .

النوع السادس

٦٥٩٤

أن يقتله بسحر يقتل غالباً ، فيلزمه القود ، لأنه قتله بما يقتل غالباً ، فأشبهه مالهو قتله بسكين ، وإن كان مما لا يقتل غالباً ، أو كان مما يقتل ولا يقتل ، ففيه الدية دون القصاص لأنه عمد الخطأ فأشبهه ضرب العصا .

النوع السابع

٦٥٩٥

أن يتسبب إلى قتله بما يقتل غالباً . وذلك أربعة أضرب :

أحدها : أن يُكره رجلاً على قتل آخر . فيقتله ، فيجب القصاص على المُكرِه والمُكرِه جميعاً . وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يجب القصاص على المُكرِه دون المباشر ، لقوله عليه الصلاة

والسلام : « عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن المسكر آلة للمسكر ، بدليل وجوب القصاص على المسكر ، ونقل فعله إليه ، فلم يجب على المسكر . كما روى به عاينه فقتله ، وقال زفر : يجب على المباشر دون المسكر ، لأن المباشرة تقطع حكم السبب ، كالخافر مع الدافع ، والآخر مع القاتل . وقال الشافعي : يجب على المسكر ، وفي المسكر ، قولان ، وقال أبو يوسف : لا يجب على واحد منهما ، لأن المسكر لم يباشر القتل ، فهو كخافر البئر ، والمسكر مُلجأً فأشبهه الرمي به على إنسان .

ولنا : على وجوبه على المسكر : أنه تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالباً ، فأشبهه ما لو أسمعته حية ، وألقاه على أسد في زُبيرة .

ولنا : على وجوبه على المسكر : أنه قتله عمداً ظلماً لاستيقاء نفسه ، فأشبهه ما لو قتلته في الخمصة لياً كله . وقولهم : إن المسكر ملجأ غير صحيح ، فإنه متمم من الامتناع ، ولذلك أثم بقتله وحرم عليه ، وإنما قتلته عند الإكراه ظناً منه أن في قتله نجاة نفسه ، وخلاصه من شر المسكر . فأشبهه القاتل في الخمصة لياً كله .

وإن صار الأسر إلى الدية وجبت عليهما ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : لادية على المسكر . بناءً منهما على أنه آلة ، وقد بينا فسادَهُ . وإنما هما شريكان يجب القصاص عليهما جميعاً ، فوجبت الدية عليهما كالشريكين بالفعل ، وكما يجب الجزاء على الدال على الصيد في الإحرام ، والمباشر والرد^(١) كالمباشر في المحاربة : فعلى هذا إن أحب الولي قتل أحدهما ، وأخذ نصف الدية من الآخر ، أو العفو عنه فله ذلك .

الضرب الثاني : إذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله ، فقتل بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بتمم القتل ظلماً ، وكذبهما في شهادتهما ، فعليهما القصاص . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قصاص عليهما ، لأنه تسبب غير ملجئ ، فلا يوجب القصاص كخفر البئر .

ولنا : ما روى للقاسم بن عبد الرحمن : أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ، ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال علي : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتم أيديكما ، وغرمهما دية يده ، ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالباً ، فوجب^(٢) عليهما القصاص كالمسكر .

الضرب الثالث : الحاكم إذا حكم على رجل بالقتل ظلماً بذلك . متممداً ، فقتله واعترف بذلك

(١) الرد : العون (ف) .

(٢) في المطبوعة على . وما في ١٨ أوضح . (٢) في ١٨ : يقتل به غالباً .

وجب القصاص ، والكلام فيه كالـ كلام فى الشاهدين ، ولو أن الولى الذى باشر قتله أقر بعله بكذب الشهود ، وتمدد قتله ، فعليه القصاص ، لا أعلم فيه خلافاً . فإن أسر الشاهدان والحاكم والولى جميعاً بذلك ، فعلى الولى القصاص ، لأنه باشر القتل عمداً وعدواناً ، وينبغى ألا يجب على غيره شيء ، لأنهم متسببون ، والمباشرة تبطل حكم السبب كالـ دافع مع الحافر ، ويفارق هذا ما إذا لم يقر ، لأنه لم يثبت حكم مباشرة القتل فى حقه ظلماً ، فكان وجوده كمدمه ، ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم ، لأن الجميع متسببون .

وإن صار الأمر إلى الدية فهي عليهم أثلاثاً ، ويحتمل أن يتعلق الحكم بالحاكم وحده ، لأن تسببه أخص من تسببهم ، فإن حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله . فأشبهه المباشر مع التسبب ، ولو كان الولى المقر بالتمدد لم يباشر القتل وإنما وكل فيه نظرت فى الوكيل فإن أقر بالعلم وتمدد القتل ظلماً فهو القاتل وحده ، لأنه مباشر للقتل عمداً ظلماً من غير إكراه فتعلق الحكم به ، كالأمر بالقتل فى غير هذه الصورة ، وإن لم يعترف بذلك : فالحكم متعلق بالولى ، كالأمر بالقتل . والله أعلم .

مسألة

٦٥٩٦

قال (فى القود إذا اجتمع عليه الأولياء . وكان المقتول حراً مسلماً) .

أجمع العلماء على أن القود لا يجب إلا بالعمد ، ولا نعلم بينهم فى وجوبه بالقتل العمد إذا اجتمعت شروطه خلافاً ، وقد دلت عليه الآيات والأخبار بمومها فقال الله تعالى : ﴿ ومن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوِائِيَهُ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾ ^(١) وقال تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاصُ فى القَتْلِ ﴾ ^(٢) وقال تعالى : ﴿ ولَكُمْ فى القصاصِ حَيَاةٌ ﴾ ^(٣) يريد والله أعلم : أن وجوب القصاص بمنع من يريد للقتل منه شفقة على نفسه من القتل ، فتبقى الحياة فيمن أريد قتله . وقيل : إن القاتل تنعقد العداوة بينه وبين قبيلة المقتول ، فيريد قتالهم خوفاً منهم ، ويريدون قتله وقتل قبيلته استيفاء ، فى الاقتصاص منه بحكم الشرع قطع لسبب الهلاك بين القبيلتين ، وقال الله تعالى ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ^(٤) الآية ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يقتل ، وإما أن يدى » متفق عليه .

وروى أبو شريح الخزازى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث ، فإن أراد الرابعة نغذوا على يديه : أن يقتل ، أو يعفو ، أو يأخذ الدية » .

- | | |
|-----------------------------|-----------------------------|
| (١) سورة الإسراء آية ٣٣ . | (٢) سورة البقرة آية ١٧٨ . |
| (٣) سورة البقرة آية ١٧٩ . | (٤) سورة المائدة آية ٤٥ . |

رواه أبو داود . وفي لفظ : « فن قتل له بمدمقاتي قتيل فأهله بين خيرتين : أن يأخذوا الدية ، أو يقتلوا » .
وقال عليه السلام : « الممدقود ، إلا أن يعفو ولي المقتول » . وفي لفظ : « من قتل عامداً فهو قود » .
رواه أبو داود ، وفي لفظ رواه ابن ماجه : « من قتل عامداً فهو قود . ومن حال بينه وبين فعليه لعنة
الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف ولا عدل » .

وقول الخرقى : إذا اجتمع عليه الأولياء ، بمعنى إذا كان للمقتول أولياء يستحقون القصاص . فن
شرط وجوب اجتماعهم على طلبه ، ولو عفا واحد منهم سقط كله ، وإن كان بعضهم غائباً أو غير مكلف
لم يكن لشركائه القصاص حتى يقدم الغائب ، ويختار القصاص ، أو يوكل ، ويبلغ الصبي ، ويفيق المجنون
ويختار . وقوله : إذا كان المقتول حراً مسلماً يعني مكافئاً للقاتل ، فإذا كان القاتل حراً مسلماً ، اشترط
كون المقتول حراً مسلماً لتحقيق المكافأة بينهما ، فإن الكافر^(١) لا يكفىء المسلم والعبد لا يكفىء الحر .

فصل

٦٥٩٧

وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله ، وإن كان مجدع الأطراف ، معدوم الحواس ،
والقاتل صحيح سوى الخلق ، أو كان بالعكس ، وكذلك إن تفاوتنا في العلم والشرف ، والغنى والفقر ،
والصحة والمرض ، والقوة والضعف ، والكبر والصغر ، والسلطان ، والسوقة ، ونحو هذا من الصفات ،
لم يمنع القصاص بالاتفاق ، وقد دلت عليه العمومات التي تلونها ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم :
« المؤمنون تتكافأ^(٢) دماؤهم »^(٣) ولأن اعتبار المساوي في الصفات والفضائل ، يفضى إلى إسقاط
القصاص بالسكينة ، وفوات حكمة الردع والزجر ، فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصير
والسواد والبياض .

فصل

٦٥٩٨

ولا يشترط في وجوب القصاص كون القتل في دار الإسلام ، بل متى قتل في دار الحرب مسلماً
عامداً عالماً بإسلامه فعليه القود ، سواء كان قد هاجر أو لم يهاجر ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة
لا يجب القصاص بالقتل في غير دار الإسلام ، فإن لم يكن المقتول هاجر لم يضمه بقصاص ولا دية ، عمداً
قتله أو خطأ . وإن كان قد هاجر ثم عاد إلى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فقتل

(١) في المطبوعة : فإن كان الكافر . خطأ والصواب في ١٨ و ٢٩ .

(٢) في المطبوعة : تتكافأ . (٣) ورد بلفظ (المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسمى بذمتهم

أدناهم) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمرو (ف)

أحدهما صاحبه ، ضمنه بالدية ، ولم يجب القود ، وحكى عن أحمد رواية كقوله . ولو قتل [رجلاً] ^(١) أسيراً مسلماً في دار الحرب لم يضمه إلا بالدية عمداً قتله أو خطأ .

ولنا : ما ذكرنا من الآيات والأخبار ، ولأنه قتل من يكافئة عمداً ظلماً ، فوجب عليه القود كالمو قتلته في دار الإسلام ، ولأن كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام يجب وإن لم يكن فيها إمام كدار الإسلام .

فصل

٦٥٩٩

وقتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو ، وذلك للولى دون السلطان ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر . وقال مالك : الأمر عندنا : أن يقتل به ، وليس لولى الدم أن يعفو عنه ، وذلك إلى السلطان ؟ والغيلة عنده : أن يخدع الإنسان فيدخل بيتاً أو نحوه فيقتل ، أو يؤخذ ماله ، ولعله يحتج بقول عمر في الذي قتل غيلة لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقذتْهم به ، وبقياسه على المحارب .

ولنا : عموم قوله تعالى : (فقد جعلنا لوليه سلطاناً) ^(٢) وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « فأهله بين خيرين » ولأنه قتل في غير المحاربة ، فكان أمره إلى وليه كسائر القتل ، وقول عمر لأقذتْهم به ، أى : أمكنت الولى من استيفاء القود منهم .

فصل

٦٦٠٠

وإذا قتل رجلاً وادعى أنه وجد مع امرأته ، أو أنه قتله دفعاً عن نفسه ، أو أنه دخل منزله بكا بره على ماله فلم يقدر على دفعه إلا بقتله ، لم يقبل قوله إلا ببينة ، ولزمه القصاص . روى نحو ذلك عن علي رضي الله عنه . وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر . ولا أعلم فيه مخالفاً ، وسواء وجد في دار القتال ، أو في غيرها ، أو وجد معه سلاح ، أو لم يوجد ، لما روى عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن وجد مع امرأته رجلاً فقتله فقال : « إن لم يأت بأربعة شهداء فليط برمته » ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى . وإن اعترف الولى بذلك فلا قصاص عليه ولا دية ، لما روى عن عمر رضي الله عنه : « أنه كان يوماً يتغذى إذ جاءه رجل بعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ، ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر ، فجاء الآخرون فقالوا : يا أمير المؤمنين ، إن هذا قتل صاحبنا ، فقال له عمر : ما يقولون ؟ فقال : يا أمير المؤمنين إنى ضربت تغذى امرأتى . فإن كان بينهما أحد فقد قتلتها . فقال عمر : ما يقول ؟ قالوا : يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوق في وسط الرجل وتغذى ^(٣) المرأة ، فأخذ عمر سيفه

(١) ساقطة من : ١٨ . (٢) سورة الإسراء آية ٣٣ .

(٣) في المطبوعة في وسط ، وتغذى خطأ .

فهرزه ثم دفعه إليه . وقال : إن عادوا فعد . رواه سعيد في سننه . وروى عن الزبير : أنه كان يوماً قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له ، فأتاه رجلان فقالا : أعطنا شيئاً ، فألقى إليهما طعاماً كان معه فقالا : خل عن الجارية ؛ فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة . ولأن الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كالو أقر بقتله قصاصاً . أو في حد يوجب قتله . وإن ثبت ذلك بيينة فكذلك .

مسألة

٦٦٠١

قال : (وشبه العمد ما ضربه بخشبة صغيرة ، أو حجر صغير . أو لكرزه أو فعل به فعلاً الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله ، فلا قود في هذا ، والدية على العاقلة) .

شبه العمد أحد أقسام القتل ، وهو : أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً ، إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له ، فيسرف فيه ، كالضرب بالسوط ، والمصا ، والحجر الصغير ، والوكز ، واليد ، وسائر ما لا يقتل غالباً إذا قتل ، فهو شبه عمد ، لأنه قصد للضرب دون القتل ، ويسمى عمد الخطأ ، وخطأ العمد ، لاجتماع العمد والخطأ فيه ، فإنه عمد الفعل وأخطأ في القتل ، فهذا لا قود فيه ، والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم ، وجعله مالك عمداً موجباً للقصاص ، ولأنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ ، فمن زاد شيئاً ثالثاً زاد على النص ، ولأنه قتله بفعل عمده ، فكان عمداً ، كما لو غرزه بإبرة فقتله وقال أبو بكر من أصحابنا : تجب الدية في مال القاتل ، وهو قول ابن شبرمة ، لأنه موجب لفعل عمد ، فكان في مال القاتل ، كسائر الخفایات .

ولما : ماروى أبو هريرة قال : « اقتتل امرأتان من هذيل ، فرمت إحداها الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، ف قضى النبي صلى الله عليه وسلم أن دية جنيها عبد أو وليمة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها » . متفق عليه ، فأوجب ديتها على العاقلة ، والعاقلة لا تحمل عمداً ، وأيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم : « ألا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط ، والمصا ، والحجر ، مائة من الإبل » ^(١) . وفي لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عقل شبه العمد مغلف ، مثل عقل العمد ، ولا يقتل صاحبه » . رواه أبو داود وهذا نص ، وقوله : هذا قسم ثالث قلنا : نعم ، هذا ثبت بالسنة ، والقسمان الأولان تبعاً بالكتاب ، ولأنه قتل لا يوجب القود ، فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ .

مسألة

٦٦٠٢

قال : (والخطأ على ضربين . أحدهما : أن يرمى الصيد ، أو يفعل ما يجوز له فعله ، فيثول إلى إتلاف حر ، مسلماً كان أو كافراً ، فتكون الدية على عاقلته ، وعليه متق رقبة مؤمنة) .

(١) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان عن عبد الله بن عمرو . (ف)

وجملته أن يفعل فعلاً لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله ، مثل أن يرمى صيداً أو هدفاً ، فيصيب إنساناً فيقتله قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمى الرامي شيئاً فيصيب غيره ، لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز ، وقتادة والنخعي ، والزهري ، وابن شبرمة ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . فهذا الضرب من الخطأ تجب به الدية على المأقلة ، والكفارة في مال المقاتل بغير خلاف لعلمه .

والأصل في وجوب الدية والكفارة قول الله تعالى : « وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ^(١) » وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً له عهد ، لقول الله تعالى : « وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ^(٢) » ولا قصاص في شيء من هذا ، لأن الله تعالى أوجب به الدية ، ولم يذكر قصاصاً . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه لم يوجب القصاص في عمد الخطأ ففي الخطأ أولى .

فصل

٦٦٠٣

وإن قصد فعلاً محرماً فقتل آدمياً ، مثل أن يقصد قتل سبية أو آدمياً ممصوماً ، فيصيب غيره فيقتله ، فهو خطأ أيضاً ، لأنه لم يقصد قتله ، وهذا مذهب الشافعي وكذلك قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القتل الخطأ أن يرمى الرامي شيئاً فيصيب غيره ، ويتخرج على قول أبي بكر : أن هذا عمد ، لقوله فيمن رمى نصرانياً فلم يقع به السهم حتى أسلم : إنه عمد ، يجب به القصاص ، لكونه قصد فعلاً محرماً قتل به إنساناً .

مسألة

٦٦٠٤

قال : والضرب الثاني : أن يقتل في بلاد الروم من عنده أنه كافر ، ويكون قد أسلم وكنتم إسلامه ، إلى أن يقدر على التخلص إلى أرض الإسلام ، فيكون عليه في ماله عتق رقبة مؤمنة ، بلاديه ، لقول الله تعالى : « وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ^(٣) » .

هذا الضرب الثاني من الخطأ ، وهو : أن يقتل في أرض الحرب من يظنه كافراً ويكون مسلماً ، ولا خلاف في أن هذا خطأ لا يوجب قصاصاً ، لأنه لم يقصد قتل مسلم ، فأشبهه ما لو ظنه صيداً فبان آدمياً ، إلا أن هذا لا تجب به دية أيضاً ولا يجب إلا الكفارة ، وروى هذا عن ابن عباس ، وبه قال عطاء ،

(٢) سورة النساء آية ٩٢

(١) سورة النساء آية ٩٢

(٣) سورة النساء آية ٩٢

ومجاهد، وعكرمة، وقتادة، والأوزاعي، والثوري، وأبو ثور، وأبو حنيفة. وعن أحمد رواية أخرى: تجب به الدية والكفارة وهو قول مالك، والشافعي، لقول الله تعالى: «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ^(١) مُؤْمِنَةٌ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ»^(٢) وقال عليه السلام: «ألا إن في قتييل خطأ العمد قتييل السوط والمصاماة من الإبل» ولأنه قتل مسلماً خطأ فوجبت دية كما لو كان في دار الإسلام.

ولنا: قول الله تعالى: «وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقية مؤمنة»^(٣) ولم يذكر دية، وتركه ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله وبعده ظاهر في أنها غير واجبة، وذكره لهذا سيما مفرداً يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها، ويخص بها عموم الخبر الذي روي.

مسألة

٦٦٥

قال: ﴿ولا يقتل مسلم بكافر﴾.

أكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصاً بقتل كافر، أي كافر كان، روى ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي، وزيد بن ثابت، ومعاوية رضي الله عنهم. وبه قال عمر بن عبد العزيز، وعطاء، والحسن، وعكرمة، والزهري، وابن شبرمة، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال النخعي، والشمي، وأصحاب الرأي: يقتل المسلم بالذي خاصة. قال أحمد: الشمي، والنخعي قالا: دية الجوسي واليهودي والنصراني مثل دية المسلم، وإن قتله يقتل به، هذا عجب، بصير الجوسي مثل المسلم؟ سبحان الله! ما هذا القول؟ واستبشمه، وقال النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «لا يقتل مسلم بكافر»^(٤)، وهو يقول: يقتل بكافر فأى شيء أشد من هذا؟ واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها في أول الباب، وبما روى ابن البيهقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد مسلماً بذمي، وقال: «أنا أحق من وفي بذمته»^(٥) ولأنه ممصوم عصمة مؤبدة، فيقتل به قاتله كالمسلم.

ولنا: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسمى بذمتهم أدناهم، ولا يقتل

(١) سقطت من المطبوعة

(٢) سورة النساء آية ٢٣

(٣) سورة النساء آية ٢٣

(٤) أخرجه البخاري بهذا اللفظ في تاريخه عن عائشة، وأخرجه في صحيحه عن علي بلفظ (لا يقتل

(٥) أخرجه الدارقطني عن ابن عمر. (ف)

(ف)

مؤمن بكافر» ، رواه الإمام أحمد وأبو داود ، وفي لفظ : « لا يقتل مسلم بكافر » ، رواه البخارى ، وأبو داود . وعن علي رضي الله عنه قال من السنة : « ألا يقتل مسلم بكافر » . رواه الإمام أحمد ، ولأنه منقوص بالكفر ، فلا يقتل به المسلم كالمستأمن ، والعمومات مخصوصات بحديثنا ، وحديثهم ليس له إسناد ، قاله أحمد . وقال الدارقطني : يرويه ابن البيهقي ، وهو ضعيف إذا أسند ، فكيف إذا أرسل ؟ والمعنى في المسلم أنه مكافئ للمسلم . بخلاف الذمي ، فأما المستأمن ، فوافق أبو حنيفة الجماعة في أن المسلم لا يقاد به ، وهو المشهور عن أبي يوسف ، وعنه : يقتل به لما سبق في الذمي .

ولنا : أنه ليس بمحققون الدم على التأييد ، فأشبهه الحربي مع ما ذكرنا من الدليل في التي قبلها .

❦ فصل ❦

٦٦٠٦

فإن قتل كافر كافراً ، ثم أسلم القاتل ، أو جرحه ، ثم أسلم الجرح ، ومات الجرح . فقال أصحابنا : يقتص منه ، وهو قول الشافعي ، لأن القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود ، ولأنه حق وجب عليه قبل إسلامه ، فلم يسقط بإسلامه كالدين ، ويحتمل أن لا يقتل به ، وهو قول الأوزاعي ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يقتل مسلم بكافر » ، ولأنه مؤمن فلا يقتل بكافر كالمؤمن مؤمناً حال قتله ، ولأن إسلامه لو قارن السبب منع عمله ، فإذا طرأ سقط حكمه .

❦ فصل ❦

٦٦٠٧

وإن جرح مسلم كافراً فأسلم الجرح ، ثم مات مسلماً سرية الجرح لم يقتل به قاتله ، لأن التكافؤ معدوم حال الجنابة ، وعليه دية مسلم ، لأن اعتبار الأرض بحالة استقرار الجنابة ، بدليل ما لو قطع يدي رجل ورجليه ، فسرى إلى نفسه ففيه دية واحدة ، ولو اعتبر حال الجرح وحب ديقان ، ولو قطع حرقاً يد عبد ، ثم عتق ومات ، لم يجب قصاص . لعدم التكافؤ حال الجنابة . وعلى الجاني دية حر اعتباراً بحال الاستقرار ، وهذا قول ابن حامد وهو مذهب الشافعي . وللسيد أقل الأسيرين من نصف قيمته أو نصف دية حر والباقي لورثته ، لأن نصف قيمته إن كانت أقل فهي التي وجدت في ملكه ، فلا يكون له أكثر منها ، لأن الزائد حصل بحريقه ، ولا حق له فيما حصل بها ، وإن كان الأقل الدية لم يستحق أكثر منها ، لأن نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد وإعتاقه . وذكر القاضي : أن أحمد نص في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ، ثم أعتق ومات ، أن على الجاني قيمته للسيد ، وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجنابة ، وهذا اختيار أبي بكر والقاضي وأبي الخطاب .

قال أبو الخطاب : من قطع يد ذمي ثم أسلم ومات ضمه بديه ذمي ، ولو قطع يد عبد فأعتقه سيده ومات ، فعلى الجاني قيمته للسيد ، لأن حكم القصاص معتبر بحال الجناية ، دون حال السراية ، فكذلك الدية ، والأول أصح إن شاء الله . لأن سراية الجرح مضمونة ، فإذا أتلفت حراً مسلماً وجب ضمانه بديه كاملة كما لو قتله بجرح ثان . وقول أحمد فيمن فقأ عيني عبد : عليه قيمته للسيد . لا خلاف فيه وإنما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة ، ولم يذكره أحمد ولأن الواجب مقدر بما تفضي إليه السراية دون ما نقلته الجناية بدليل أن من قطعت يده ورجلاه فسرى القطع إلى نفسه لم يلزم الجاني أكثر من دية ، ولو قطع أصبعاً فسرى إلى نفسه لوجب الدية كاملة . فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلماً لم تجب دية كاملة . فأما إن جرح مرتداً أو حربياً ، فسرى الجرح إلى نفسه فلا قصاص فيه ولا دية ، سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم ، لأن الجرح غير مضمون ، فلم يضمن سرايته بخلاف التي قبلها .

فصل

٦٦٠٨

ولو قطع يد مسلم فارتد ، ثم مات بسراية الجرح لم يجب في النفس قصاص ولا دية ولا كفارة لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون ، وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حربياً ، ثم مات من جراحه . وأما اليد فالصحيح أنه لا قصاص فيها ، وذكر القاضي وجهاً في وجوب القصاص فيها . لأن القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبهه ما لو قطع طرفه ، ثم قتله ، أو جاء آخر فقتله وللشافعي في وجوب القصاص قولان .

ولنا : أنه قطع هو قتل لم يجب به القتل ، فلم يجب القطع كما لو قطع من غير مفصل وفارق ما فاسوا عليه ، فإن القطع لم يهرق قتلاً . وهل تجب دية الطرف ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ضمان فيه ، لأنه تبين أنه قتل لغير معصوم .

والثاني : يجب لأن سقوط حكم سراية الجرح لا يسقط ضمانه كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر . فعلى هذا هل يجب ضمانه بديه المقتوع ، أو بأقل الأمرين من دية النفس ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تجب دية المقتوع ، فلو قطع يديه ورجليه ، ثم ارتد ومات ، ففيه ديتان ، لأن الردة قطعت حكم السراية . فأشبهه انقطاع حكمها باندماها . أو بقتل آخر له .

والثاني : يجب أقل الأمرين ، لأنه لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس ، فمع الردة أولى . ولأنه قطع صار قتلاً ، فلم يجب أكثر من دية كما لو لم يرتد ، وفارق أصل الوجه الأول ، فإنه لم يهرق قتلاً ،

ولأن الاندمال والقتل منع وجود السراية ، والردة منعت ضمانها ، ولم تمنع جعلها قتلا ، وللشافعي من التفصيل نحو مما قلنا .

٦٦٠٩

فصل

وإن قطع مسلم يد نصراني فتمجس ، وقلنا : لا يقر ، فهو كما لو جنى على مسلم فارتد . وإن قلنا : يقر عليه ، وجبت دية مجوسى ، وإن قطع يد مجوسى فتمجس . ثم مات وقلنا : يقر ، وجبت دية نصراني ، ويحى . على قول أبي بكر والقاضى : أن تجب دية نصراني فى الأولى ، ودية مجوسى فى الثانية . كقولهم فيمن جنى على عبد ذى فأسلم وعتق ثم مات من الجناية ، ضمه بقيمة عبد ذى ، اعتقاداً بحال الجناية .

٦٦١٠

فصل

وإن قطع يد مسلم فارتد ، ثم أسلم ومات ، وجب القصاص على قاتله ، نص عليه أحمد رحمه الله فى رواية محمد بن الحكم . وقال القاضى : يتوجه عندى أنه إن كان زمن الردة تسرى فى مثله الجناية لم يجب القصاص فى النفس ، وهل يجب فى الطرف الذى قطع فى إسلامه ؟ على وجهين . وهذا مذهب الشافعى ، لأن القصاص يجب بالجناية والسراية كلها ، فإذا لم يوجد جميعها فى الإسلام لم يجب القصاص ، كما لو جرحه جرحين ، أحدهما فى الإسلام ، والآخر فى الردة ، فمات منهما .

ولنا : أنه مسلم حال الجناية والموت ، فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد ، واحتمال السراية حال الردة لا يمنع ، لأنها غير معلومة ، فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع ، كما لو لم يرتد ، فإنه يحتمل أن يموت بمرض أو بسبب آخر ، أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر فى الموت ، فأما الدية فتجب كاملة ، ويحتمل وجوب نصفها لأنه مات من جرح مضمون ، وسراية غير مضمونة ، فوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان وجرح نفسه فمات منهما ، فأما إن كان زمن الردة لا تسرى فى مثل الجناية ففيه الدية أو القصاص . وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا قصاص فيه ، لأنه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص . وإنما : أنهما مكافئان حال الجناية والسراية والموت ، فأشبهه ما لو لم يرتد ، وإن كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال ، لأنه فوت نفساً معصومة .

٦٦١١

فصل

وإن جرحه وهو مسلم فارتد ، ثم جرحه جرحاً آخر ، ثم أسلم ومات منهما ، فلا قصاص فيه ، لأنه مات من جرحين مضمون وغير مضمون ، ويجب فيه نصف الدية لذلك وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما ، مثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد ، فقطع رجله ، أو كان بالعكس ، لأن الجرح فى الحالين كجرح رجلين . وهل يجب القصاص فى الطرف الذى قطعه فى حال إسلامه ؟ يحتمل وجهين ، بناء على

من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات في رده . ولو قطع طرفه في رده أولا فأسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيه كاتى قبلها .

فصل

٦٦١٢

ويقتل الذمي بالمسلم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل اليهودي الذي رض رأس جارية من الأنصار على أوضاع لها ، ولأنه إذا قتل بمثله فبمن فوقه أولى ، ويقتل الذمي بالذمي ، سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت ، فلو قتل النصراني مجوسياً أو يهودياً قتل به ، نص عليه أحمد في النصراني يقتل بالمجوسي إذا قتله ^(١) ، قيل : فكيف يقتل به وديتهما مختلفتان ؟ فقال : أذهب إلى أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجلاً باسراً ، يعني أنه قتله بهامع اختلاف ديتهما ، ولأنهما تكافأ في العصاة بالدمة ، ونقيصة الكفر ، فجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما ، وهذا مذهب الشافعي .

فصل

٦٦١٣

ولا يقتل ذمي بحربي ، لأنهم فيه خلافاً ، لأنه مباح الدم على الإطلاق ، أشبه الخنزير ، ولا دية فيه لذلك ولا كفارة ، ولا يجب بقتل المرتد قصاص ولا دية ولا كفارة لذلك ، سواء قتله مسلم أو ذمي ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي . وقال بعض أصحاب الشافعي : يجب القصاص على الذمي بقتله ، والدية إذا عفا عنه ، لأنه لا ولاية له في قتله وقال بعضهم : يجب القصاص دون الدية ، لأنه لا قيمة له .

ولنا : أنه مباح الدم أشبه الحربي ، ولأن من لا يضمه المسلم لا يضمه الذمي كالحربي .

فصل

٦٦١٤

وإيس على قاتل الزاني المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة . وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وحكى بعضهم وجهاً أن على قاتله القود ، لأن قتله إلى الإمام فيجب القود على من قتله سيواؤه ، كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه .

ولنا : أنه مباح الدم ، وقتله متعمد ، فلم يضم كالحربي ، وببطل ما قاله بالمرتد ، وفارق القاتل ، فإن قتله غير محتم ، وهو مستحق على طريق المعاوضة ، فاختص بمستحقه ، وهمنا يجب قتله لله تعالى ، فأشبهه المرتد ، وكذلك الحكم في الخارب الذي تحتم قتله .

فصل

٦٦١٥

ويقتل المرتد بالمسلم والذمي ، ويقدم القصاص على القتل بالردة ، لأنه حق آدمي ، وإن عفا عنه ولي

(١) في ٢٩ : يقتل المجوسي : يقتل به .

القصاص فله دية المقتول ، فإن أسلم المرتد فهي في ذمته ، وإن قتل بالردة أو مات تعلقت بماله ، وإن قطع طرفاً من أحدهما فعليه القصاص فيه أيضاً ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يقتل المرتد بالذمى ، ولا يقطع طرفه بطرفه ، لأن أحكام الإسلام في حقه باقية ، بدليل وجوب العبادات عليه ، ومطابقته بالإسلام .

ولنا : أنه كافر فيقتل بالذمى كالأصلى ، وتوهم إن أحكام الإسلام باقية غير صحيح ، فإنه زالت عصمته وحرمة ، وحل نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها ، وأما مطابقته بالإسلام فهو حجة عليهم ، فإنه يدل على تغليظ كفره ، وأنه لا يقر على رده لسوء حاله ، فإذا قتل بالذمى مثله فمن هو دونه أولى .

فصل

٦٦٦

وإن جرح مسلم ذمياً ثم ارتد ومات الجروح لم يقتل به ، لأن التكافؤ مشروط حال وجود الجناية ولم يوجد ، وإن قتل من يعرفه ذمياً أو عبداً وكان قد أسلم وعق وجب القصاص ، لأنه قتل من يكافئه عدداً عدواناً ، فلزمه القصاص كما لو علم حاله ، وفارق من علمه حربياً ، لأنه لم يعمد إلى قتل معصوم .

مسألة

٦٦٧

قال : ﴿ ولا حر بعبد ﴾ .

وروى هذا عن أبى بكر ، وعمر ، وعلى ، وزيد ، وابن الزبير ، رضى الله عنهم وبه قال الحسن ، وعطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، وعكرمة ، وعمر بن دينار ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، ويروى عن سعيد بن المسيب ، والنخعى ، وقتادة ، والثورى ، وأصحاب الرأى : أنه يقتل به ، لعدم الآيات والأخبار ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون تكافؤ دماؤهم »^(١) ، ولأنه آدمى معصوم ، فأشبهه الحر .

ولنا : ما روى الإمام أحمد بإسناده عن على رضى الله عنه أنه قال : من السنة أن لا يقتل حر بعبد ، وعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقتل حر بعبد » رواه الدارقطنى ، ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوى في السلامة ، فلا يقتل به كالأب مع ابنه ، ولأن العبد منهقوص بالرق ، فلم يقتل به الحر ، كالمسكاتب إذا ملك ما يؤدى ، والعمومات مخصوصات بهذا ، فنفى عليه .

فصل

٦٦٨

ولا يقتل السيد بمبده في قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن النخعى وداود : أنه يقتل به ، لما روى

قتادة ، عن الحسن ، عن سمرة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل عبده قتلناه ، ومن جده (١) جدهناه » . رواه سميد والإمام أحمد والترمذي ، وقال : حديث حسن غريب ، مع العمومات والمعنى في التي قبلها .

ولنا : ما ذكرناه في التي قبلها ، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : لو لم أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يقاد المملوك من مولاه ، والولد من والده ، لأقذته منك » . رواه النسائي . وعن علي رضي الله عنه : « أن رجلا قتل عبده ، فجلده النبي صلى الله عليه وسلم مائة جلدة ، ونفاه عاماً ، وبما اسمه من المسلمين » رواه سميد والخلال ، وقال أحمد : ليس بشيء من قبل إسحاق بن أبي فروة . ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، عن أبي بكر ، وعمر ، أنهما قالا : من قتل عبده جلد مائة ، وحرّم سهمه مع المسلمين : فأما حديث سمرة فلم يثبت ، قال أحمد : الحسن لم يسمع من سمرة ، إنما هي صحيفة ، وقال عنه أحمد : إنما سمع الحسن من سمرة ثلاثة أحاديث ، ليس هذا منها . ولأن الحسن أفتى بخلافه ، فإنه يقول : لا يقتل الح العبد ، قال : إذا قتل السيد عبده بضرب ، ومخالفته له تدل على ضعفه

فصل

٦٦٩

ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ، ويقتل العبد بالحر ، ويقتل بسيده ، لأنه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى ، مع عموم النصوص الواردة في ذلك ، ومتى وجب القصاص على العبد فعفا ولى الجناية إلى المال فله ذلك ، وبمعاق أرشها برقبته ، لأنه موجب جفايته ، فمعاق برقبته كالقصاص ثم إن شاء سيده أن يسلمه إلى ولى الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك ، لأنه سلم إليه ما تعلق حقه به ، وإن قال ولى الجناية بعه وادفع إلى ثمنه لم يلزمه ذلك . لأنه لم يعلق بذمته شيء ، وإنما تعلق بالرقبة التي سلمها ، فبريء منها ، وفيه وجه آخر : أنه يلزمه ذلك ، كما يلزمه بيع الرهن ، وإن امتنع من تسليمه واختار فداءه فهل تلزمه قيمته أو أرش الجناية جميعاً ؟ على روايتين ذكرناهما في غير هذا الموضع ، وإن عفا عن القصاص لملك رقبة العبد ففيه روايتان .

إجداها : يملكه بذلك ، لأنه يملك إتلافاً ، فكان مملوكاً له كسائر أمواله .

والثانية : لا يملكه لأنه محل تعلق به القصاص ، فلا يملكه بالعمو كالحر ، فعلى هذه الرواية يتعلق أرش الجناية برقبته كما لو عفا على مال ، لأن العوض الذي عفا لأجله لم يصح له ، فكان له عوضه كالعقود الفاسدة .

٦٦٢٠

فصل

ويجوزى القصاص بين العبيد في النفس في قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، وسالم ، والنخعي ، والشعبي ، والزهرى ، وقتادة ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة . وروى عن أحمد رواية أخرى : أن من شرط القصاص تساوى قيمتهم ، وإن اختلفت قيمتهم لم يجز بينهم قصاص ، وينبغي أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر ، فإن كانت أقل فلا ، وهذا قول عطاء ، وقال ابن عباس : ليس بين العبيد قصاص في نفس ولا جرح ، لأنهم أموال .

ولنا : أن الله تعالى قال : ^(١) « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد » . وهذا نص من الكتاب ، فلا يجوز خلافه ، لأن تفاوت القيمة كفتاوت الدية والفضائل ، فلا يمنع القصاص كالعالم والشرف والذكورية والأثوية .

٦٦٢١

فصل

ويجوزى القصاص بينهم فيما دون النفس وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وسالم ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وعن أحمد رواية أخرى : لا يجزى القصاص بينهم فيما دون النفس . وهو قول الشعبي ، والنخعي ، والثوري ، وأبي حنيفة ، لأن الأطراف مال ، فلا يجزى القصاص فيها كالبهائم ، ولأن التساوى في الأطراف معتبر في جريان القصاص بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بالناقصة ، وأطراف العبيد لا تتساوى .

ولنا : قول الله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين » ^(٢) الآية ولأنه أحد نوعي القصاص فجوزى بين العبيد كالقصاص في النفس .

٦٦٢٢

فصل

وإذا وجب القصاص في طرف العبد وجب للعبد ، وله استيفاءه والمفوع عنه .

٦٦٢٣

فصل

ولو قتل عهده عبداً ثم عتق القاتل قتل به ، وكذلك لو جرح عبداً ثم عتق الجارح ومات الجرح قتل به ، لأن القصاص وجب فلم يسقط بالعتق بعده ، ولأن التكافؤ موجود حال وجود الجنابة ، وهي السبب ، فاكتمى به ، ولو جرح جر ذمي عبداً ثم لحق بدار الحرب ، فأسر واسترق لم يقتل بالعبد ، لأنه ذمي وجوب القصاص حر .

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ .

(٢) سورة عائدة آية ٥٥ .

٦٦٢٤

فصل

وإذا قتل عبد عبداً فسيد المقتول بخير بين القصاص والعفو فإن عفا إلى مال تعلق المال برقبة القاتل لأنه وجب بحفايته ، وسيده بخير بين فدائه وتسليمه ، فإن اختار فدائه فداه بأقل الأسرين من قيمته أو قيمة المقتول ، لأنه إن كان الأقل قيمته لم يلزمه أكثر منها ، لأنها بدل عنه . وإن كان الأقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها ، لأنها بدل عنه ، وعنه رواية أخرى : أن سيده إن اختار فدائه لزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ ، لأنه إذا سلمه للبيع ربما زاد فيه مزايد أكثر من قيمته .

فإن قتل عشرة أعبد عبداً لرجل عبداً فعليهم القصاص فإن اختار السيد قتالهم فله قتالهم ، وإن عفا إلى مال تعلق قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها ، يباع منه بقدرها ويفديه^(١) سيده فإن اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض كان ذلك له لأن له قتل جميعهم والعفو عن جميعهم ، وإن قتل عبد عبيدين لرجل واحد ، فله قتله أو العفو عنه . فإن قتله سقط حقه ، وإن عفا إلى مال تعلق قيمة العبيدين برقبته ، فإن كانا لرجلين فكذلك ، إلا أن القاتل يقتل بالأول منهما ، لأن حقه أسبق ، فإن عفا عنه الأول قتل بالثاني ، وإن قتلهما دفعة واحدة أقرع بين السيدين ، فأيهما خرجت له القرعة اقتص وسقط حق الآخر ، وإن عفا عن القصاص أو عفا سيد القتل الأول عن القصاص إلى مال تعلق برقبة العبد . وللثاني أن يقتص ، لأن تعلق المال بالرقبة لا يسقط حق القصاص حتى ، كما لو العبد المرهون ، وإن قتله الآخر سقط حق الأول من القيمة ، لأنه لم يبق محل يتعلق به . وإن عفا الثاني تعلق قيمة للقتيل الثاني برقبته أيضاً ، ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ، ولم تقدم الأول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص ، لأن القصاص لا يتبعض بينهما ، والقيمة يمكن تبعضها .

فإن قيل : لحق الأول أسبق . قلنا : لا يراعى السبق ، كما لو أتلأ أموالا لجماعة واحداً بعد واحد . فأما إن قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو ، فإن عفا أحدهما سقط القصاص ، وينتقل حقهما إلى القيمة ، لأن القصاص لا يتبعض . وإن قتل عبيدين لرجل واحد فله أن يقتص منه لأحدهما ، أيهما كان ، ويسقط حقه من الآخر ، وله أن يعفو عنه إلى مال ، وتنتقل قيمتهما جميعاً برقبته .

مسألة

٦٦٢٥

ويقتل العبد القن بالمسكاتب ، والمسكاتب به ، ويقتل كل واحد منهما بالمدير ، وأم الولد ، ويقتل المدير وأم الولد بكل واحد منهما ؛ لأن الكل عبيد ، فيدخلون في عموم قوله تعالى : «والعبد بالقييد»^(٢)

فقد دل على كون المكاتب عبداً قول النبي صلى الله عليه وسلم : « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئاً أو لم يؤد ، وسواء ملك ما يؤدى أو لم يملك ، إلا إذا قلنا : إنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً ، فإنه لا يقتل بالعبد ، لأنه حر فلا يقتل بالعبد ، وإن أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة لم يقتل به أبداً ، لأنه بصير حراً ، ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة جاز قتله به . وقال أبو حنيفة : إذا قتل العبد مكاتباً له وطلاً ووارث سوى مولاه لم يقتل به ، لأنه حين الجرح كان المستحق المولى ، وحين الموت الوارث ، ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه في الطرفين .

ولنا : قوله تعالى : « النفس بالنفس »^(١) وقوله تعالى : « والعبد بالعبد »^(٢) ، ولأنه لو كان قتلًا لوجب بقتله القصاص ، فإذا كان مكاتباً كان أولى ، كما لو لم يخاف وارثاً . وما ذكره شيء بنوه على أصولهم ، ولا نسلمه^(٣) .

مسألة

٦٦٢٦

قال : ﴿ وإذا قتل الكافر العبد عمداً فعليه قيمته ، ويقتل لنقصه للعهد ﴾ .

يعنى للكافر الحر لا يقتل بالعبد المسلم ، لأن الحر لا يقتل بالعبد ، لفقدان التكافؤ بينهما ، ولأنه لا يحسد بقذفه ، فلا يقتل بقتله ، كالأب مع ابنه ، وعاهيه قيمته ، ويقتل لنقصه العهد ، فإن قتل المسلم بنقص به العهد ، بدليل ما روى أن ذميماً كان يسوق حمراً بامرأة مسلمة ، ففخسه بها فرماها ، ثم أراد إكراهها على الزنا ، فرفع إلى عمر رضى الله عنه ، فقال : ما على هذا صاحبنا ، فقتله وصلبه . وروى في شروط عمر أنه كتب إلى عبد الرحمن بن غنم أن ألحق بالشروط : من ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده ، ولأنه فعل ينافى الأمان ، وفيه ضرر على المسلمين ، فكان نقضاً للعهد كالاتحاد على قتال المسلمين ، والامتناع من أداء الجزية . وفيه رواية أخرى : أنه لا ينقض عهده بذلك ، فعلى هذا عليه قيمته ، ويؤدب بما يراه ولي الأمر .

فصل

٦٦٢٧

وإن قتل عبد مسلم حراً كافراً لم يقتل به ، لأننا لا نقول المسلم بالكافر ، وإن قتل من نصفه حر عبداً لم يقتل به ، لأننا لا نقول نصف الحر بعبد . وإن قتله حر لم يقتل به ، لأن النصف الرقيق لا يقتل به الحر . وإن قتل من نصفه حر من نصفه حر قتل به ، لأن القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل ، وهما مستويان .

(٢) سورة البقرة آية ١٧٨ .

(١) من سورة المائدة آية ٤٤ .

(٣) في ١٨ ، لا نسلمها .

فصل

٦٦٢٨

ويجوز القصاص بين الولاة والعمال وبين رعييتهم ، لعموم الآيات والأخبار ، ولأن المؤمنين تكافؤ دماؤهم ، ولا نعلم في هذا خلافاً . وثبت عن أبي بكر رضى الله عنه ، أنه قال لرجل شكك إليه عاملاً أنه قطع يده ظمأً : إن كنت صادقاً لأقيد بك منه ، وثبت أن عمر رضى الله عنه كان يقيد من نفسه ، وروى أبو داود قال خطب عمر ، فقال : إني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم ، ولا ليأخذوا أموالكم ، فمن فعل به ذلك فليرفعه إلى أقصاه منه . فقال عمرو بن العاص : لو أن رجلاً أدب بعض رعيته تقيضه منه ؟ قال : أى والذي نفسى بيده أقصاه منه ، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أقص من نفسه ، ولأن المؤمنين تكافؤ دماؤهم ، وهذان حران مسلمان ليس بينهما إبلاد فيجوز القصاص بينهما كسائر الرعية .

فصل

٦٦٢٩

وإذا قتل القاتل غير ولى الدم فعلى قاتله القصاص ، ولورثة الأول الدية في تركة الجاني الأول ، وبهذا قال الشافعى . وقال الحسن ، ومالك : يقتل قاتله ، ويبطل دم الأول ، لأنه فات محله ، فأشبهه ماله قتل العبد الجاني . وروى عن قتادة ، وأبي هاشم : لا قود على الثانى ، لأنه قتل مباح الدم ، فلم يجب بقتله قصاص كالزاني المحصن .

ولنا : على وجوب القصاص على قاتله : أنه محل لم يتحتم قتله ، ولم يبيع امير ولى الدم قتله ، فوجب القصاص بقتله ، كما لو كان عليه دين .

ولنا : على وجوب الدية في تركة الجاني الأول أن القصاص إذا تعذر وجبت الدية كما لو مات أو عفا بعض الشركاء ، أو حدث مانع . وفارق العبد الجاني ، فإنه ليس له مال ينتقل إليه ، فإن عفا أولياء الثانى على الدية أخذوها . ودفعوها إلى ورثة الأول . فإن كانت عليه ديون ضم ما قبضوا من الدية إلى سائر تركته ، ثم ضرب أولياء المقتول الأول مع سائر أهل الديون في تركته وديته . وإن أحال ورثة المقتول الثانى ورثة المقتول الأول بالدية على القاتل الثانى سحت الحوالة ، ويتخرج أن تجب دية التتميل الأول على قاتله ابتداء ، لأنه أتلف محل حق ورثته ، فكان غرامته^(١) عليه كما لو قتل العبد الجاني وإن مات القاتل عمداً وجبت الدية في تركته . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يسقط حق ولى الجنابة ، وتوجيه المذهبين على ما تقدم .

(١) في ١٨ : فكان غرامة . وفي ٣٩ : فكانت غرامته .

٦٦٣٠

مسألة

قال : ﴿ والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد ﴾ .

لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون ، وكذلك كل زائل العقل بسبب يمدح فيه ، مثل النائم والمفنى عليه ونحوهما ، والأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود ، ولأنهم ليس لهم قصد صحيح ، فهم كالأطفال خطأ .

٦٦٣١

فصل

فإن اختلف الجاني وولى الجناية ، فقال الجاني : كنتُ صبياً حال الجناية ، وقال ولى الجناية : كنت بالغاً فالقول قول الجاني مع يمينه إذا احتمل الصدق ، لأن الأصل الصغير ، وبراءة ذمته من القصاص . وإن قال : قتله وأنا مجنون ، وأنكر الولى جنونه ، فإن عرف له حال جنون فالقول قوله أيضاً لذلك ، فإن لم يعرف له حال جنون . فالقول قول الولى لأن الأصل السلامة ، وكذلك إن عرف له جنون ثم علم زواله قبل القتل ، وإن ثبت لأحدهما بيعة بما ادعاه حكم له ، وإن أطاما يدينين تعارضتا ، فإن شهدت البيعة أنه كان زائل العقل ، فقال الولى ^(١) : كنت سكران ، وقال القاتل : كنت مجنوناً فالقول قول القاتل مع يمينه ، لأنه أعرف بنفسه ، ولأن الأصل براءة ذمته ، واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه .

٦٦٣٢

فصل

فإن قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه القصاص ، سواء ثبت ذلك عليه ببيعة أو إقرار ، لأن رجوعه غير مقبول ، ويققص منه في حال جنونه ، ولو ثبت عليه الحد بإقراره ثم جن لم يقم عليه حد حال جنونه ، لأن رجوعه يقبل ، فيحتمل أنه لو كان صحيحاً رجع .

٦٦٣٣

فصل

ويجب القصاص على السكران إذا قتل حال سكره ، ذكره القاضى . وذكر أبو الخطاب : أن وجوب القصاص عليه مبنى على وقوع طلاقه ، وفيه روايتان ، فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان . أحدهما : لا يجب عليه لأنه زائل العقل أشبه المجنون ، ولأنه غير مكلف أشبه الصبي والمجنون . ولنا : أن الصحابة رضوا الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه ، فأوجبوا عليه حد القاذف ، فلم لا أن

(١) في المطبوعة : المولى ، خطأ .

قذفه موجب للحد لما وجب الحد بمظنته ، وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمي ^(١) أولى ، ولأنه حكم لو لم يجب القصاص والحد لأفضى إلى أن من أراد أن يعصى الله تعالى شرب ما يكره ثم يقتل ويُرزى ويسرق ، ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ، ويصير عصيانه سبباً لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة هذه ، ولا وجه لهذا ، وفارق هذا الطلاق ، ولأنه قول يمكن إلغاؤه بخلاف القتل فأما إن شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم ، فإن زال عقله بالسكينة بحيث صار مجنوناً ، وإن كان يزول قريباً ويَزول من غير نداء وهو كالسكر على ما فصل فيه .

مسألة

٦٦٣٤

قال : ﴿ ولا يقتل والد بولده وإن سفل ﴾ .

وجملته أن الأب لا يقتل بولده والجد لا يقتل بولد ولده وإن نزلت درجته ، وسواء في ذلك ولد البنين أو ولد البنات ، ومن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده : عمر بن الخطاب رضي الله عنه . وبه قال ربيعة ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وقال ابن نافع ، وابن عبد الحكم ، وابن المنذر : يقتل به ، اظاهر آى الكتاب ، والأخبار الموجبة للقصاص ، ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص ، فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين . وقال ابن المنذر : قدروا في هذا أخباراً ، وقال مالك : إن قتله حدفاً بالسيف ونحوه لم يقتل به ، وإن ذبحه أو قتله قتلاً لا يشك في أنه عمّد إلى قتله دون تأديبه أفيده .

ولنا : ما روى عمر بن الخطاب ، وابن عباس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقتل والد بولده » أخرجه النسائي حديث عمر ورواهما ابن ماجه ، وذكرهما ابن عبد البر ، وقال : هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق ، مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه ، حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تسكفاً ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أنت ومالك لأبيك » وقضية هذه الإضافة تمليكه إياه ، فإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الإضافة شبهة في درء القصاص ، لأنه يدرأ بالشبهات ، ولأنه سبب إيجاده ، فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على إعدامه ، وما ذكرناه يخص العمومات ، ويفارق الأب سائر الناس ، فإنهم لو قتلوا بالحدف بالسيف وجب عليهم القصاص ، والأب بخلافه .

فصل

٦٦٣٥

والجد وإن علا كالأب في هذا ، وسواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم في قول أكثر مستطى القصاص عن الأب . وقال الحسن بن حي : يقتل به .

(١) في ٣٩ : حقاً لآدمي .

وانا : أنه والد فيدخل في عموم النص ، ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة ، فاستوى فيه القريب والبعيد كالحرمية والعتيق إذا ملكه ، والجد من قبل الأب كالجد من قبل الأم ، لأن ابن البنت يسمى ابناً ، قال النبي صلى الله عليه وسلم في الحسن : « إن ابني »^(١) هذا سيد .

مسألة

٦٦٣٦

قال : (والأم في ذلك كالأب) .

هذا الصحيح من المذهب ، وعليه العمل عند مستطى القصاص عن الأب ، وروى عن أحمد رحمه الله ما يدل على أنه لا يسقط عن الأم ، فإن مهراً نقل عنه في أم ولد قتلت سيدها عمداً : تقتل ، قال : من يقتلها ؟ قال : ولدها . وهذا يدل على إيجاب القصاص على الأم بقتل ولدها . وخرجها أبو بكر على روايتين :

إحداها : أن الأم تقتل بولدها ، لأنه لا ولاية لها عليه ، فقتل به كالأخ ، والصحيح الأول لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يقتل والد بولده » ، ولأنها أحد الوالدين ، فأشبهت الأب ، ولأنها أولى بائر ، فكانت أولى بنفي القصاص عنها ، والولاية غير معتبرة ، بدليل انتفاء القصاص عن الأب بقتل الكبير الذي لا ولاية عليه ، وعن الجد ولا ولاية له ، وعن الأب الخالف في الدين ، أو الرقيق والجد . وإن علت في ذلك كالأم ، وسواء في ذلك من قبل الأب أو من قبل الأم ، لما ذكرنا في الجد .

فصل

٦٦٣٧

وسواء كان الوالد مساوياً للولد في الدين والحرية ، أو مخالفاً له في ذلك ، لأن انتفاء القصاص لشرف الأبوة ، وهو موجود في كل حال ، فلو قتل الكافر ولده المسلم ، أو قتل المسلم أباه الكافر ، أو قتل العبد ولده الحر ، أو قتل الحر ولده العبد ، لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتل ولده ، وانتفاء للكفاة فيما إذا قتل والده .

فصل

٦٦٣٨

وإذا ادعى نفران نسب صغير مجهول النسب ؛ ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما فلا قصاص عليهما لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنيهما . وإن ألحقته القافة بأحدهما ثم قتلاه لم يقتل أبوه . وقتل الآخر ؛ لأنه شريك الأب في قتل ابنه . وإن رجعا جميعاً عن الدعوى لم يقبل رجوعهما ؛ لأن النسب حق للولد . فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به كالأقرب له بحق سواء أو كما لو ادعاه واحد فألحق

(١) أخرجه البخاري عن أبي بكر (ف)

به ثم جعده . وإن رجع أحدهما صح رجوعه ، وثبت نسبه من الآخر ، لأن رجوعه لم يبطل نسبه وبسقط
القصاص عن الذى لم يرجع ، ويجب على الراجع ؛ لأنه شارك الأب . وإن عفا عنه فعليه نصف الدية ،
ولو اشترك رجلان فى وطء امرأة فى طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما قتلاه قبل إلحاقه
بأحدهما لم يجب القصاص وإن نفيا نسبه لم ينفى بقولها ، وإن نفاه أحدهما لم ينفى بقوله ، لأنه لحقه
بالفراس ، فلا ينتفى إلا باللعان ، وفارق التى قبلها من وجهين :

أحدهما : إذا رجع عن دعواه لحق الآخر ، وهاهنا لا يلحق بذلك .

والثانى : أن ثبوت نسبه ثم بالاعتراف ، فيسقط بالجحد ، وهاهنا يثبت بالاشتراك فى الوطء ، فلا
ينففى بالجحد ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا سواء .

فصل

٦٦٣٩

ولو قتل أحد الأبوين صاحبه ، ولها ولد ، لم يجب القصاص ، لأنه لو وجب لوجب لولده ، ولا يجب
للولد قصاص على والده ؛ لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلا لا يجب له بالجناية على غيره أولى ، وسواء كان
الولد ذكراً أو أنثى ، أو كان للمقتول ولد سواء أو من يشاركه فى الميراث ، أو لم يكن ، لأنه لو ثبت
القصاص لوجب له جزء منه ، ولا يمكن وجوبه ، وإذا لم يثبت بعرضه سقط كله ، لأنه لا يتبعض ، وصار
كألو عفا بعض مستحقى القصاص عن نصيبه منه ، فإن لم يكن للمقتول ولد منهما وجب القصاص فى قول
أكثر أهل العلم . منهم عمر بن عبد العزيز ، والنخعى ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال
الزهري : لا يقتل الزوج باسراة ، لأنه ملكها بعقد النكاح ، فأشبهه الأمة .

ولنا : عومات النص ، ولأنهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه ، فيقتل به
كالأجنبيين وقوله : إنه ملكها غير صحيح ، فإنها حرة ، وإنما ملك منفعة الاستمتاع ، فأشبهه المستأجرة .
ولهذا تجب ديتها عليه ، ويرثها ورثتها ، ولا يرث منها إلا قدر ميراثه ، ولو قتلها غيره كانت ديتها أو
القصاص لورثتها ، بخلاف الأمة .

فصل

٦٦٤٠

ولو قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئاً من ميراثه لم يجب القصاص ، لما ذكرنا ،
ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءاً منه ثم ماتت بقتل الزوج أو غيره فورثها ابنه سقط
القصاص لأن مامنع مقارناً أسقط طارئاً ، وتجب الدية ، ولو قتلت المرأة أخاً زوجها فصار القصاص
أو جزء منه لأنها سقطت القصاص ، سواء صار إليه ابتداء ، أو انتقل إليه من أبيه ، أو من غيره
لما ذكرنا .

٦٦٤١

فصل

وإذا قتل أحد أبوي المكاتب المكاتب ، أو عبداً له ، لم يجب القصاص ، لأن الوالد لا يقتل بولده ، ولا يثبت للولد على والده قصاص ، وإن اشترى المكاتب أحد أبويه ثم قتله لم يجب عليه قصاص ، لأن السيد لا يقتل بعبده .

٦٦٤٢

فصل

ابنان قتل أحدهما أباه والآخر أمه فإن كانت الزوجية بينهما موجودة حال قتل الأول فالقصاص على قاتل الثاني دون الأول ، لأن القتل الثاني ورث جزءاً من دم الأول ، فلما قتل ورثه قاتل الأول ، فصار له جزء من دم نفسه ، فسقط القصاص عنه ، ووجب له القصاص على أخيه . فإن قتله ورثه إن لم يكن له وارث سواء ^(١) لأنه قتله بحق . وإن عفا عنه إلى الدية وجبت ، وتقاصا بما بينهما ، وما فضل لأحدهما فهو له على أخيه . وإن لم تكن الزوجية بين الأبوين قائمة فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه ، لأنه ورث الذي قتله أخوه وحده ، دون قاتله ، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه ، وسقط القصاص عنه ، لأنه يرث أخاه ، لسكونه قتلاً بحق ، فلا يمنع الميراث ، إلا أن يكون المقتول ابن أوابن ابن يحجب القاتل ، فيسكون له قتل عمه ، ويرثه إن لم يكن له وارث سواء . وإن تشاحا في المبتدئ .

منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول ، لأنه أسبق ، واحتمل أن يقرع بينهما . وهذا قول القاضي ، ومذهب الشافعي ، لأنهما تساويان في الاستحقاق ، فيصيران ^(٢) إلى القرعة ، وأيهما قتل صاحبه أولاً إما بمبادرة أو قرعة ورثه في قياس المذهب . إن لم يكن له وارث سواء ، وسقط عنه القصاص .

وإن كان محجوباً عن ميراثه كله فلوارث القتل قتل الآخر ، وإن عفا أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافي ورثه أيضاً ، وسقط عنه ما وجب عليه من الدية . وإن تمافيا جميعاً على الدية تقاصا بما استويا فيه ، ورجب القاتل الأم الفضل على قاتل الأب ، لأن عقل الأم نصف عقل الأب . ويخرج أن يسقط القصاص عنهما ، لتساويهما في استحقاقه ، لسقوط الديتين إذا تساوتا ، ولأنه لا سبيل إلى استيفائهما ، واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف ، فلا يجوز فتمدين السقوط ، وإن كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه . فإذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه ، ثم لابنه أن يقتل عمه ويرثه ابنه ، ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذي قتله عمه ، دون الذي قتله أبوه ، وإن كان لكل واحد منهما ابنة فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص ، وورث مال أبيه الذي قتله أخوه ، ونصف مال أخيه ،

(١) في المطبوعة : سواء ، بالهمزة ، خطأ .

(٢) في نسخ المغنى (فيصيرا) والصواب (فيصيران) وفي الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٧٨ (فصرنا) ف .

ونصف مال أبيه الذي قتله هو ، وورثت البنت التي قتل أبوها نصف مال أبيها ، ونصف مال حدها الذي قتله عمها ، ولها على عمها نصف دية قتيله .

فصل

٦٦٤٣

أربعة إخوة ، قتل الأول الثاني ، والثالث الرابع ، فالتقصاص على الثالث ، لأنه لما قتل الرابع لم يرثه ، وورثه الأول . وقد كان للرابع نصف قصاص الأول ، فرجع نصف قصاصه إليه ، فسقط ووجب للثالث نصف الدية ، وكان للأول قتل الثالث ، لأنه لم يرث من دم نفسه شيئاً . فإن قتله ورثه في ظاهر المذهب ، ويرث ما يرثه عن أخيه الثاني . وإن عفا عنه إلى الدية وجبت عليه بكاملها بقصاصه بنصفها ، وإن كان لها ورثة كان فيها من التفصيل مثل الذي في التي قبلها .

مسألة

٦٦٤٤

قال : ﴿ ويقتل الولد بكل واحد منهما ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم منهم . مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وحكي أصحابنا عن أحمد رواية ثانية : أن الابن لا يقتل بأبيه ، لأنه بمن لا تقبل شهادته له بحق النسب ، فلا يقتل به كالأب مع ابنه . والمذهب أنه يقتل به ، للآيات والأخبار ، وموافقة القياس ، ولأن الأب أعظم حرمة وحقاً من الأجنبي ، فإذا قتل بالأجنبي فبالأب أولى ، ولأنه يحذف بقذفه ، فيقتل به كالأجنبي ، ولا يصح قياس الابن على الأب ، لأن حرمة الوالد على الولد أكد ، والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك ، بخلاف الوالد مع الولد .

وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم . أحدهما : أنه قال : « لا يقاد الأب من ابنه ، ولا الابن من أبيه » . والثاني : أنه : « كان يقيد الأب من ابنه ، ولا يقيد الابن من أبيه » . رواه الترمذي . وهذان الحديثان ، أما الحديث الأول لا نعرفه^(١) ولم نجده في كتب السنن المشهورة ، ولا أظن له أصلاً ، وإن كان له أصل فهمما متعارضان متدافعان ، يجب لإطراحهما ، وللعلم بالنصوص الواضحة الثابتة ، والإجماع الذي لا تجوز مخالفته .

مسألة

٦٦٤٥

قال : ﴿ ويقتل الجماعة بالواحدة ﴾ .

وجملته : أن الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل واحد منهم القصاص . إذا كان كل واحد منهم لو انفرد

(١) في ١٨ : فلا نعرفه .

بفعله وجب عليه القصاص . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، والمغيرة بن شعبة ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيب ، والحنبل ، وأبو سلمة ، وعطاء ، وقتادة وهو مذهب مالك ، والثوري والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وحكى عن أحمد رواية أخرى : لا يقتلون به ، وتجب عليهم الدية . وهذا قول ابن الزبير ، والزهري ، وابن سيرين ، وحبيب بن أبي ثابت ، وعبد الملك ، وربيعه ، وداود ، وابن المنذر . وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس . وروى عن معاذ بن جبل ، وابن الزبير ، وابن سيرين ، والزهري : أنه يقتل منهم واحد ، ويؤخذ من الباقيين حصصهم من الدية ، لأن كل واحد منهم مكافئ له ، فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد ، كما لا تجب ديات لمقتول واحد ، ولأن الله تعالى قال : « الحر بالحر » ^(١) وقال : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » ^(٢) ، مقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ، ولأن التفاوت في الأوصاف يمنع ، بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد ، والتفاوت في العدد أولى . قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد .

ولنا : إجماع الصحابة رضي الله عنهم روى سعيد بن المسيب : « أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا ، وقال : لو تمألاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً » . وعن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا . وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ، ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف ، فكان إجماعاً ، ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد ، فوجب للواحد على الجماعة كحد القذف ، ويفارق الدية فإنها تنبعض والقصاص لا يتبعض ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع إلى القتل به ، فيؤدي إلى إسقاط حكمة الردع والزجر .

فصل

٦٦٤٦

ولا يعتبر في وجوب القصاص على المشركين التساوي في سببه ، فلو جرحه رجل جرحاً ، والآخر مائة ، أو جرحه أحدهما موشحة ، والآخر آمة ، أو أحدهما جائفة ، والآخر غير جائفة فمات ، كأننا سواء في القصاص والدية ، لأن اعتبار التساوي يفضي إلى سقوط القصاص عن المشتركين ، إذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجه ، ولو احتمل التساوي لم يثبت الحكم ، لأن الشرط يعتبر العلم بوجوده . ولا يكتفى باحتمال الوجود ، بل الجهل بوجوده كالعلم بدمه في انتفاء الحكم ، ولأن الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة ، كما يحتمل أن يموت من الموشحة دون الآمة ، ومن غير الجائفة دون الجائفة ، ولأن الجراح إذا صارت نفساً سقط اعتبارها ، فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ، ألا ترى أنه لو قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة ، كما لو قطع طرفه فمات ؟

٦٦٤٧

فصل

إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل فقطع أحدهم يده ، والآخر رجله ، وأوضحه الثالث فمات فللولى قتل جميعهم ، والمعفو عنهم إلى الدية ، فيأخذ من كل واحد ثلثها ، وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين ، وله أن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثي الدية ، ويقتل الثالث . فإن برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذى برىء جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية ، وله أن يعفو عن الذى برىء جرحه ، ويأخذ منه دية جرحه ، فإن ادعى الموضح أن جرحه برىء قبل موته وكذبه شريكاه نظرت فى الولى ، فإن صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة إليه ، فلا يملك قتله ولا مطالبته بثالث الدية ، وله أن يقتص منه موضحة ، أو يأخذ منه أرشها ، ولم يقبل قوله فى حق شريكه ، لأن الأصل عدم البرء فيها ، لكن إن اختار الولى القصاص فلا فائدة لهما فى إنكار ذلك ، لأن له أن يقتلها ، سواء برئت أو لم تبرأ ، وإن اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيها ، وإن كذبه الولى حاف وله الاقتصاص منه ، أو مطالبته بثالث الدية ، ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من ثلثيها ، فإن شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة ، لإقرارهما بوجوبها ، وللولى أخذها منهما إن صدقهما ، وإن لم يصدقهما وعفا إلى الدية لم يكن له أكثر من ثلثيها ؛ لأنه لا يدعى أكثر من ذلك ، فتقبل شهادتهما له إن كانا قد تابا وعدلا ؛ لأنهما لا يجبران إلى أنفسهما بذلك نفعاً ، فيسقط القصاص عنه ، ولا يلزمه أكثر من أرش موضحة .

٦٦٤٨

فصل

إذا قطع رجل يده من الكوخ ، ثم قطعها آخر من المرفق ، ثم مات نظرت ، فإن كانت جراحة الأول برئت قبل قطع الثانى ، فالثانى هو القاتل وحده وعليه التوؤد أو الدية كاملة إن عفا عن قتله وله قطع يد الأول أو نصف الدية . وإن لم تبرأ فهما قاتلان ، وعليهما القصاص فى النفس . وإن عفا إلى الدية وجبت عليهما . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة القاتل هو الثانى وحده ولا قصاص على الأول فى النفس لأن قطع الثانى قطع سرية قطعه ومات بعد زوال جنابته فأشبهه ما لو اندمل جرحه . وقال مالك : إن قطعه الثانى عقيب قطع الأول قتلا جميعاً ، وإن عاش بعد قطع الأول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثانى فالثانى هو القاتل وحده ، وإن عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللأولياء أن يقسموا على أيهما شاءوا ويقتلوه .

ولنا : أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص فإذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص ، كالمات فى يدين ؛ ولأن القطع الثانى لا يمنع جنابته بعده ، فلا يسقط حكم ما قبله ،

كأنه كان في يدين ، ولا نسلم زوال جفاته ، ولا قطع سرائقه ؛ فإن الألم الحاصل بالقطع الأول لم يزل ، وإنما انضم إليه الألم الثانى ، فصرفت النفس من احتمالها^(١) ، فزهقت بهما ، فكان القتل بهما . ويخالف الاندمال ، فإنه لا يبقى معه الألم الذى حصل فى الأمضاء الشريفة فاختلفا . فإن ادعى الأول أن جرحه اندمل فصدقه الولي سقط عنه القتل ، ولزمه القصاص فى اليد ، أو نصف الدية . وإن كذبه شريكه ، واختار الولي القصاص ، فلا فائدة له فى تكذيبه ، لأن قتله واجب . وإن عفا عنه إلى الدية فالقول قوله مع يمينه ، ولا يلزمه أكثر من نصف الدية ، وإن كذب الولي الأول حلف ، وكان له قتله ، لأن الأصل عدم مادعاه ، ولو ادعى الثانى اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم فى الأول إذا ادعى ذلك .

سألة

٦٦٤٩

قال : ﴿ وإذا قطعوا يداً قطعت نظيرتها من كل واحد منهم ﴾ .

وجملته : أن الجماعة إذا اشتركوا فى جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم . وبه قال مالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو نور . وقال الحسن ، والزهري ، والثوري ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : لا تقطع يداً بيد واحدة ، ويتمين ذلك وجهاً فى مذهب أحمد . لأنه روى عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد ، وهذا تنبيه على أن الأطراف لا تأخذ للصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بنقصتها ، ولا أصلية بزائدة ، ولا زائدة بأصلية ، ولا يميناً بيسار ، ولا يساراً بيمين ، ولا تساوى بين الأطراف والأطراف ، فوجب امتناع القصاص بينهما ، ولا يعتبر التساوى فى النفس ، وإنما نأخذ الصحيح بالمريض وصحيح الأطراف بمقطوعها وأصلها ، ولأنه يعتبر فى القصاص فى الأطراف التساوى فى نفس القطع بحيث لو قطع كل واحد من جانب لم يجب القصاص بخلاف النفس . ولأن الاشتراك الموجب للقصاص فى النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زخراً عنه ، كيلا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل ، والاشتراك المختلف فيه لا يقع إلا فى غاية الندرة ، فلا حاجة إلى الزجر عنه ، ولأن إيجاب القصاص على المشتركين فى النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد ، وإيجابه^(٢) عن المشتركين فى الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ، ولا عن شيء من الاشتراك إلا على صورة نادرة الوقوع ، بعيدة الوجود يحتاج فى وجودها إلى تسكف ، فإيجاب القصاص للزجر عنها يكون منعاً لشيء ممنوع بنفسه لعموبته ، وإطلاقاً فى القطع السهل المعتاد بنقى القصاص عن فاعله ، وهذا لا فائدة فيه ، بخلاف الاشتراك فى النفس ، بحقه أن وجوب القصاص على الجماعة بواحد فى النفس والطرف على خلاف الأصل ، لسكونه بأخذ

(١) فى المطبوعة : احتمالها . وما فى ١٨ أوضح .

(٢) فى نسخ المغنى (وإيجابه عن المشتركين) وفى الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٨ (وإيجابه على

المشتركين) وهو أوضح . (ف)

في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ، ويحل بالتمثيل المنصوص على النهي عما عداه ، وإما خولف هذا الأصل في الأنفس زجراً عن الاشتراك الذي يقع القتل به غالباً ، ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ولأن النفس أشرف من الطرف ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على مادونها بذلك .

ولنا : ما روى أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ، ثم جاء بآخر فقالا : هذا هو السارق وأخطأنا في الأول ، فرد شهادتهما على الثاني ، وغرمهما دية الأول ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتمكما ، فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة ، ولأنه أحد نوعي القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس .

وأما اعتبار التساوي فمثله في الأنفس ، فإننا نعتبر التساوي فيها ، فلا نأخذ مسلماً بكافر ، ولا حرّاً بعبد ، وأما أخذ صحيح الأطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو من النفس المقتص منها ، وإما بقوت تبعاً ، ولذلك كانت ديتهم واحدة ، بخلاف اليد الناقصة والسلاء مع الصحيحة ، فإن ديتهم مختلفة ، وأما اعتبار التساوي في الفعل فإنما اعتبر في اليد ، لأنه يمكن مباشرتها بالقطع ، فإذا قطع كل واحد منهما من جانب كان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل صاحبه ، فلا يجب على إنسان قطع محل لم يقطع مثله ، وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وإما أفعالهم في البدن فيفيض ألم إليها فتزهد ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر ، فكأننا كالمقاطعين في محل واحد ، ولذلك لا يستوفى من الطرف إلا في المفصل الذي قطع الجاني منه ، ولا يجوز تجاوزه ، وفي النفس لو قتله بجرح في بطنه أو جنبه أو غير ذلك ، كان الاستيفاء من العنق دون الحبل الذي وقعت الجناية فيه . إذا ثبت هذا فإنما يجب القصاص على المشتركين في الطرف إذا اشتركوا فيه على وجه لا يتميز فعل أحدهم عن فعل الآخر ، إما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ، ثم يرجعون عن الشهادة ، أو يكرهوا إنساناً على قطع طرف ، فيجب قطع المكرهين كلهم والمكره أو يلقوا صخرة على طرف إنسان فيقطعه ، أو يقطعوا يداً ، أو يلقوا عينا بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ، ويتحاملوا عليها جميعاً ، أو يمدوها ، فتبين [اليد]^(١) فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره ، أو ضرب كل واحد ضربة ، أو وضعوا منشاراً على مفصله ثم مده كل واحد إليه مرة مرة ، حتى بانت اليد ، فلا قصاص فيه لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ، ولم يشارك في قطع جميعها ، وإن كان قتل واحد منهم يمكن الاقتصاص بفردده اقتص منه ، وهذا مذهب الشافعي .

مسألة

٦٦٥٠

قال : ﴿ وإذا قتل الأب وغيره عمداً قتل من سوى الأب ﴾ .

وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور : وعن أحمد رواية أخرى : لا قصاص على واحد منهما ، وهو قول أصحاب الرأي ، لأنه قتل تركب من موجب وغير موجب ، فلم يوجب كقتل العاصم والخطيء والصبي والبالغ ، والمجنون والمأقل .

ولنا : أنه شارك في القتل العمد العدوان فيمن يقتل به ، لو انفرد بقتله ، فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي ، ولا نسلم أن فعل الأب غير موجب ، فإنه يقتضي الإيجاب ، لا كونه تمتعاً عداً عدواناً ، والجناية به أعظم إنما ، وأكثر جرماً ، ولذلك خصه الله تعالى بالنهي عنه ، فقال : « وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ - ثُمَّ قَالَ : إِنْ قَتَلْتُمْهُمْ كَانََ خِطْئًا كَبِيرًا » ^(١) . ولما سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن أعظم الذنب ^(٢) قال : « أن تجعل لله نداً وهو خلقك » ، ثم تقتل ولدك خشية أن يطعم معك » فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك ، ولأنه قطع الرحم التي أمر الله تعالى بصلتها ، ووضع الإساءة موضع الإحسان ، فهو أولى بإيجاب العقوبة والزرع عنه ، وإنما امتنع الوجوب في حق الأب لمعنى مختص بالحمل ، لا قصور في السبب الموجب ، فلا يمتنع عمله في الحمل الذي لا مانع فيه .

وأما شريك الخطيء فلنا فيه منع ، ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب ، فإن فعل الخطيء غير موجب للقصاص ، ولا صالح له ، وللقتل منه ومن شريكه غير متمحص عداً لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس ، بخلاف مسألتنا .

فصل

٦٦٥١

وكل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه ، كالأب وشريكه مثل أن يشترك مسلم وذمي في قتل عبد عداً عدواناً ، فإن القصاص لا يجب على المسلم والحر ، ويجب على الذمي والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الأب ، لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه ، وعن الحر لحرية ، وانقضاء مكافأة المقتول له . وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعله ، ولا إلى شريكه ، فلم يسقط القصاص عنه .

وقد تقتل عبد الله بن أحمد قال : سألت أبي رحمه الله عن حر وعبد قتلا عبداً عداً ؟ قال : أما الحر فلا يقتل بالعبد ، وعلى الحر نصف قيمة العبد في ماله ، والعبد إن شاء سيده أسلمة ، وإلا ففداء بنصف يتصف بقيمة العبد . وظاهر هذا . أنه لإقصاص على العبد ، فيخرج مثل ذلك في كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه للقصاص .

(١) سورة الإسراء آية ٣١ .

(٢) أخرجه الشيخان عن ابن مسعود ،

مسألة

٦٦٥٢

قال (١) وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالع لم يقتل واحد منهم ، وعلى العاقل ثلث الدية في ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية ، وعق رقبتين في أموالهما ، لأن عمدهما خطأ .

أما إذا شاركوا في القتل من لأقصاص عليه لمعنى في فعله كالصبي والمجنون فالصحيح في المذهب ، أنه لأقصاص عليه ، وبهذا قال الحسن ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وهو أحد قولي الشافعي ، ومن أحد رواية أخرى : أن القود يجب على البالغ العاقل ، حكاهما [ابن] المنذر عن أحمد ، وحكي ذلك عن مالك ، وهو القول الثاني للشافعي . وروى ذلك عن قتادة ، والزهري ، وحاد ، لأن القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله ، فمضى كأن فعله عمداً عدواناً وجب القصاص عليه ، ولا ننظر إلى فعل شريكه بحال ، ولأنه شارك في القتل عمداً عدواناً ، فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي ، وذلك لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره ، فمضى هذا بمقتضى فعل الشريك منفرداً . فمضى تمحض عمداً عدواناً وكان المقتول مكافئاً له وجب عليه القصاص . وبني الشافعي قوله على أن فعل الصبي والمجنون إذا تممادهما عمداً ، لأنهما بقصدان القتل ، وإنما سقط القصاص عنهما لمعنى فيهما ، وهو عدم التكليف ، فلم يقتص سقوطه عن شريكهما كالأبوة .

ولنا : أنه شارك من لا مأثم عليه في فعله ، فلم يلزمه قصاص كشريك الخطيء ، ولأن الصبي والمجنون لا قصد لهما صحيح ، ولهذا لا يصح إقرارهما : فكان حكم فعلهما حكم الخطأ ، وهذا معنى قول الخضر : عمدهما خطأ . أي : في حكم الخطأ . في انتفاء لأقصاص عنه ، ومدار^(١) دية وحمل عاقبتهم إياها ، وجوب الكفارة .

إذا ثبت هذا فإن الدية تجب عليهم أثلاثاً ، على كل واحد منهم ثلثها ، لأن الدية بدل الحبل ، ولذلك اختلفت باختلافه ، والحبل المثلث واحد ، فكانت دية واحدة ، ولأنها تقدر بقدره ، أما القصاص فإنما كل في كل واحد ، لأنه جزاء للفعل ، وأفعالهم متعددة ، فتعدد في حقهم ، وكل في حق كل واحد ، كما لو قذف جماعة واحداً ، إلا أن الثلث الواجب على المكلف يلزم في ماله حالا ، لأن فعله عمد ، والعاقل لا تحمل العمد ، وما يلزم الصبي والمجنون فعلى عاقلتهما ، لأن عمدهما خطأ والعاقل تحمل جنابة الخطأ إذا بلغت ثلث الدية ، وتكون مؤجلة عاماً ، فإن الواجب متى كان ثلث الدية كان أجله عاماً ، ويلزم كل واحد منهما الكفارة من ماله ، لأن فعلهما خطأ ، والقاتل الخطيء والمشارك في القتل خطأ يلزمه كفارة ، لأنها لا تجب بدلا من الحبل ، ولهذا لم تختلف ، وإنما وجبت تكفيراً للعقل ، ونحواً للأنثى ، فوجب تكميلها كالأقصاص .

٦٦٣٥

مسألة

قال : ﴿ ويقتل الذكّر بالأُنثى والأُنثى بالذكّر ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم منهم النخعي ، والشعبي ، والزهري ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، وأهل المدينة ، والشافعي ، وإسحق ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم .

وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : يقتل الرجل المرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية . أخرجه سعيد . وروى مثل هذا عن أحمد وحكى ذلك عن الحسن ، وعطاء . وحكى عنهما مثل قول الجماعة ، وأهل من ذهب إلى القول الثاني يحتاج بقول علي رضي الله عنه . ولأن عقلها نصف عقله ، فإذا قتل بها بقي له بقية فاستوفيت ممن قتله .

ولنا : قوله تعالى : « أن النفسَ بالنفس » ^(١) وقوله : « الحر بالحر » ^(٢) مع عموم سائر النصوص ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يهودياً رضى رأس جارية من الأنصار ، وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتّاب فيه للفرائض والأسنان ، وأن الرجل يقتل بالمرأة » ، وهو كتّاب مشهور عند أهل العلم ، متلقى بالقبول عندهم ، ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه ، فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ، ولا يجب مع القصاص شيء ، لأنه قصاص واجب ، فلم يجب معه شيء على المقتص كسائر القصاص ، واختلاف الأبدال لا عبرة به في القصاص ، بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد ، والنصراني يؤخذ بالجوسى ، مع اختلاف دينيهما ، ويؤخذ المبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

٦٦٥٤

فصل

ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخفئ ، ويقتل بهما ، لأنه لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى .

٦٦٥٥

مسألة

قال : ﴿ من كان بينهما في النفس قصاص ، فهو بينهما في الجراح ﴾ .

وجملته : أن كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس جرى القصاص بينهما في الأطراف ، فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم ، والعبد ، والذمي بالذمي ، والذكّر بالأُنثى ، والأُنثى بالذكّر ، ويقطع الناقص

بالكامل ، كالعبد بالحر ، والكافر بالمسلم ، ومن لا يقتل بقتله لا يقطع طرفه بطرفه فلا يقطع مسلم بكافر ولا حر بعبد ولا والد بولد وبهذا قال مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبو ثور ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : لافصا في الطرف بين مختلفي البدل ، فلا يقطع الكامل بالناقص ، ولا الناقص الكامل ، ولا الرجل بالمرأة ، ولا المرأة بالرجل ، ولا الحر بالعبد ، ولا العبد بالحر ، ويقطع المسلم بالكافر ، والكافر بالمسلم ، لأن التكافؤ معتبر في الأطراف ، بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ، ولا الكاملة بالناقصة ، فكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ، ولا يؤخذ طرفها بطرفه ، كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى .

ولنا : أن من جرى بينهما القصاص في النفس جرى في الطرف كالخرين ، وما ذكره يبطل بالقصاص في النفس ، فإن التكافؤ معتبر ، بدليل أن المسلم لا يقتل بمسلمان ، ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة الكاملة ، لأن المائلة قد وجدت وزيادة ، فوجب أخذها بها إذا رضى المستحق ، كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع ، وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس ، لا خلاف محليهما ، ولهذا استوى بدلها ، فلم أنها ليست ناقصة عنها شرعاً ، ولا العلة فيهما ذلك .

مسألة

٦٦٥٦

قال : ﴿ وإذا قتلاه وأحدهما مخطيء والآخر معتمد ، فلا قود على واحد منهما ، وعلى العاقد نصف الدية في ماله ، وعلى عاقلة المخطيء نصفها وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة ﴾ .

أما المخطيء فلا قصاص عليه للكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ »^(١) وقال تعالى : « وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ »^(٢) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم : « عني لأمتي عن الخطأ والنسيان » وأجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه ، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصاً ، وبه قال النخعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى عن أحمد أن عليه القصاص ، وحكى ذلك عن مالك لأنه شارك في القتل عمداً عدواناً فوجب عليه القصاص كشريك العامد ، ولأن مؤاخذته بفعله وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه .

ولنا : أنه قتل لم يتمحض عمداً ، فلم يوجب القصاص كشبه العمد ، وكما لو قتله واحد بمجردين عمداً وخطأ . ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومنسب ، فإذا كانا عامدين فكل واحد منسب إلى

فعل موجب للقصاص ، فقام فعل شريكه . ثم فعله ، لتسببه إليه ، وههنا إذا أقمنا الخطيء مقام العمد صار كأنه قتله بعمد وخطأ ، وهذا غير موجب .

٦٦٥٧

فصل

وهل يجب القصاص على شريك نفسه ، وشريك السبع ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو عبد الله بن حامد ، وصورة ذلك أن يجرحه سبع ويجرحه إنسان عمداً . إما قبل ذلك أو بعده ، فيموت منهما ، أو يجرح نفسه عمداً ثم يجرحه غيره عمداً ، فيموت منهما ، فهل يجب على المشارك له قصاص ؟ فيه وجهان ، واختلف عن الشافعي فيه ، وقال أصحاب الرأي : لا قصاص عليه ، لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه ، فلم يلزمه قصاص كشريك الخطيء ، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب ، فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ ، ولأنه إذا لم يجب على شريك الخطيء ، وفعله مضمون ، فلا لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى .

والوجه الثاني : عليه القصاص ، وهو قول أبي بكر ، وروى عن أحمد . أنه قال : إذا جرحه رجل ، ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه للقصاص ، لأنه قتل عمد . متمحض ، فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الأب ، فأما إن جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب جرحه فأصاب نفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحى ، فلا قصاص على شريكه في أصح الوجهين . وفيه وجه آخر : أن عليه القصاص ، بناء على الروايتين في شريك الخطيء .

٦٦٥٨

فصل

فإن جرحه إنسان فتداوى بسم فمات نظرت ، فإن كان سم سامة يقتل في الحال ، فقد قتل نفسه ، وقطع سراية الجرح ، وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح ، ونظرت في الجرح ، فإن كان موجبا للقصاص فلوليه استيفاءه ، وإن لم يكن موجبا له فلوليه الأرش . وإن كان السم لا يقتل في الغالب وقد يقتل بفعل الرجل في نفسه عمد خطأ ، والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخطيء ، وإذا لم يجب القصاص فعلى الجراح نصف الدية ، وإن كان السم يقتل غالباً بعد مدة احتمل أن يكون عمد الخطأ أيضاً ، لأنه لم يقصد القتل ، إنما قصد التداوى ، فيكون كالذى قتله ، واحتمل أن يكون في حكم العمد ، فيكون في شريكه الوجهان المذكوران في الفصل الذى قبله . وإن جرح رجل نياط جرحه أو أمر غيره نياطه له ، وكان ذلك مما يجوز أن يقتل ، لحكمه حكم ما لو شرب سما يجوز أن يقتل على ما مضى فيه . وإن خاطه غيره بغير إذنه كرها فهما قاتلان عليهما اللقود ، وإن خاطه وليه أو الإمام وهو ممن لا ولاية عليه فهما كالأجنبي . وإن كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما ، لأن فعلهما جائز لهما ، إذ لهما

مداواته ، فيكون ذلك خطأ ، وهل على الجراح القود ؟ فيه وجهان بناء على شريك الخاطئ .

مسألة

٦٦٥٩

قال : (ودية العبد قيمته ، وإن بلغت ديات) .

أجمع أهل العلم [على]^(١) أن في العبد الذي لا تبلغ قيمته دية الحر قيمته ، وإن بلغت قيمته دية الحر أو زادت عليها ، فذهب أحمد رحمه الله إلى أن فيه قيمته بالغة ما بلغت ، وإن بلغت ديات ، عمداً كان القتل أو خطأ ، سواء ضمن باليد أو بالجناية . وهذا قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعمر بن عبد العزيز ، وإياس بن معاوية ، والزهرى ، ومكحول ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى يوسف وقال الفخفى ، والشمعى ، والنورى ، وأبو حنيفة ، ومحمد : لا تبلغ به دية الحر ، وقال أبو حنيفة : ينقص عن دية الحر ديناراً أو عشرة دراهم ، القدر الذى يقطع به السارق . وهذا إذا ضمن بالجناية ، وإن ضمن باليد بأن يصب عبداً في يده فإن قيمته تجب وإن زادت على دية الحر ، واحتجوا بأنه ضمان آدمى فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لأن الله تعالى لما أوجب في الحر دية لا تزيد وهو أشرف خلوصه من نقيصة الرق كان تنبيهاً على أن دية العبد المنقوص لا يزد عليها ، فنجعل مالية العبد معياراً للقدر الواجب فيه ، ما لم يزد على الدية ، فإذا زاد علمنا خطأ ذلك ، فنرده إلى دية الحر كأرش ما دون الموضحة يجب فيه ما تخرجه الحكومة ، ما لم يزد على أرش الموضحة فنرده إليها .

ولنا : أنه مال متقوم فيضمن بكال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس ، أو مضمون بقيمة فكانت جميع القيمة كما لو ضمنه باليد ، ويخالف الحر ، فإنه ليس بمضمون بالقيمة ، وإنما ضمن بما قدره الشرع ، فلم يتجاوز ، ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال ، ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته ، وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها ، فاختلفا . وقد حكى أبو الخطاب عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنه لا يبلغ بالعبد دية الحر . والمذهب الأول .

باب القود

القود : القصاص ، ولعله إنما سمي بذلك لأن المقتص منه في الغالب يقاد بشيء يربط فيه ، أو بيده إلى القتل ، فسمى القتل قوداً لذلك .

(١) الزيادة من هامشي ٣٩ : من نسخة أخرى .

٦٦٦٠

مسألة

قال: ﴿ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبانتها منه، ثم ضرب عنقه آخر، فالقاتل هو الأول. ولو شق بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل، لأن الأول لا يميش مثله، والثاني قد يميش مثله﴾. وجملة: أنه إذا جنى عليه اثنان جنابيتين نظرنا، فإن كانت الأولى أخرجه من حكم الحياة مثل قطع حشوته، أى: ما في بطنه، وأبانتها منه، أو ذبحه ثم ضرب عنقه^(١). الثاني^(٢) فالأول هو القاتل لأنه لا يبقى مع جنابته حياة فالعود عليه خاصة وعلى الثاني التعزير كما لو جنى على ميت، وإن عفا الولي إلى الدية فهي على الأول وحده وإن كان جرح الأول يجوز بقاء الحياة معه مثل شق البطن من غير إبانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر، فالثاني هو القاتل، لأنه لم يخرج الأول من حكم الحياة، فيكون الثاني هو المفوت لها، فعليه القصاص في النفس والدية كاملة^(٣) إن: عفا عنه. ثم نفظر في جرح الأول، فإن كان موجبا للقصاص كقطع الطرف فالولي مخير بين قطع طرفه والمفو من دية مطلقا، وإن كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش، وإنما جعلنا عليه القصاص لأن فعل الثاني قطع سرية جراحه، فصار كالمفوت الذي لا يسرى. وهذا مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه مخالفا، ولو كان جرح الأول يفضي إلى الموت لامحالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة مثل خرق المعى، أو أم الدماغ، فضرب الثاني عنقه، فالقاتل هو الثاني، لأنه فوت حياة مستقرة، وقيل هو في حكم الحياة، بدليل أن عمر رضى الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبنا، فخرج^(٤) بمصلد، فلم للطبيب أنه ميت، فقال: اعهد إلى الناس، فعهد إليهم، وأوصى، وجعل الخلافة إلى أهل الشورى، فقبل الصحابة عهده، وأجمعوا على قبول وصاياه وعهده. فلما كان حكم الحياة باقيا كان الثاني مفوتا لها، فكان هو القاتل كما لو قتل عليلا لا يرجى براء عليه.

٦٦٦١

فصل

إذا ألقى رجلا من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله فاقصاص على من قتله، لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حال يشسوا فيها من حياته، فأشبهه ما لو رماه إنسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به، أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه. وبهذا قال الشافعي إن رماه من مكان يجوز أن يسلم منه، وإن رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان.

(١) في ٣٩: أو ضرب الثاني عنقه. (٢) في ٣٩: أو الدية كاملة.

(٣) المصلد: اللبن يحلب في إناء قد أصابه الدسم فلا تكون له رغو كما في القاموس ج (ص ٢١٩) وقد روى أن اللبن خرج من الطمعة بصديد أبيض كما في سيرة عمر لابن الجوزي ص ١٨٥، ١٨٩. (ف)

أحدهما : كقولنا . والثاني : الضمان عليهما بالقصاص ، والدية عند سقوطه ، لأن كل واحد منهما سبب الاتلاف .

ولنا : أن الرمي سبب والقتل مباشرة فاقطع حكم السبب كالدافع مع الخاف ، والجرح مع الذابح ، وكالصور التي ذكرنا . وما ذكروه باطل بهذه الأصول المذكورة .

مسألة

٦٦٦٢

قال : ﴿ وإذا قطع يديه وجليه ، ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تنفذ جراحه قتل ، ولم تقطع يده ولا رجلاه في إحدى الروايتين . عن أبي عبد الله رحمه الله . والرواية الأخرى قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل . فإن عفا عنه الولي فعليه دية واحدة ﴾ .

وجملة ذلك : أن الرجل إذا جرح ثم ضرب عنقه قبل انقضاء الجرح ، فالكلام في المسألة في حالين :

أحدهما : أن يختار الولي القصاص ، فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء .

فروى عنه لا يستوفى إلا بالسيف في العنق ، وبه قال عطاء ، والثوري ، وأبو يوسف ، ومحمد ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا قود إلا بالسيف » ، رواه ابن ماجه ، ولأن القصاص أحد بدلي النفس ، فدخل الطرف في حكم الجملة كالدية ، فإنه لو صار الأمر إلى الدية لم تجب إلا دية النفس ولأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل ، وإتلاف الجملة ، وقد أمكن هذا بضرب للعنق ، فلا يجوز تعديته بإتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كالـ ، فإنه لا يقتل بمثله .

والرواية الثانية : عن أحمد قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل ، يعني أن للمستوفى أن يقطع أطرافه ثم يقتله . وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وأبو ثور ، لقول الله تعالى : « وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوْقِبْتُمْ بِهِ » ^(١) وقوله سبحانه : « فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَى عَلَيْكُمْ » ^(٢) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « رض رأس يهودي لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين » ^(٣) ، ولأن الله تعالى قال : « وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ » ^(٤) وهذا قد قلع عينه ، فيجب أن تعلق عينه للآية . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه » ^(٥) ، ولأن القصاص موضوع على المائسة ولفظه مشعر به فوجب أن يستوفى منه

(١) سورة النحل آية ١٢٦ (٢) سورة البقرة آية ١٩٤ .

(٣) أخرجه الستة عن أنس . (ف) (٤) سورة المائدة آية ٥٥

(٥) أخرجه البيهقي عن البراء . (ف)

مثل ما فعل ، كما لو ضرب العنق آخر غيره . فأما حديث « لا نود إلا بالسيف » فقال أحد : ليس
إسناده بحيد .

الحال الثاني : أن يصير الأمر إلى الدية ، إما بعفو الولي ، أو كون الفعل خطأ ، أو شبه عمد ، أو غير
ذلك ، فالواجب دية واحدة . وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم : تجب دية الأطراف المقطوعة ،
ودية النفس ، لأنه لما قطع سريرة الجراح بقتله صار كالمستقر فأشبهه ما لو قتله غيره ، ولهذا لم يسقط
القصاص فيه .

ولنا : أنه قاتل قبل استقرار الجرح ، فدخل أرش الجراحة ، في أرش النفس ، كما لو سرت إلى
نفسه ، والقصاص في الأطراف على إحدى الروايتين لا يجب ، وإن وجب فإن القصاص لا يشبه الدية ،
لأن سريرة الجرح لا تسقط القصاص فيه ، وتسقط ديته .

فصل

٦٦٦٣

ومتى قلنا له أن يستوفي بمثل ما فعل بوليه فأحب أن يقتصر على ضرت عنقه فله ذلك ، وهو أفضل ،
وإن قطع أطرافه التي قطعها الجاني أو بعضها ثم عفا عن قتله فكذلك ، لأنه تارك بعض حقه ، وإن قطع
بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية لم يكن له ذلك ، لأن جميع ما فعل بوليه لا يجب به إلا دية واحدة ، فلا يجوز
أن يستوفي بعضه ، ويستوفي بعضه ، ويستحق كمال الدية ، فإن فعل فله ما بقي من الدية ، فإن لم يبق منها
شيء فلا شيء له ، وإن قلنا : ليس له أن يستوفي إلا بضرب العنق فاستوفي منه بمثل ما فعل فقد أساء ،
ولا شيء عليه سوى المأثم ، لأن فعل الجاني في الأطراف لم يوجب عليه شيئاً يختص بها ، فكذلك
فعل المستوفي ، إن قطع الجاني طرفاً واحداً ثم عفا إلى الدية لم يكن له إلا تمامها ، وإن قطع ما يجب به
الدية ثم عفا لم يكن له شيء ، وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه ما زاد على
الدية ، لأنه لا يستحق أكثر من دية ، وقد فعل ما يوجب أكثر منها ، فكانت الزيادة عليه ، واحتمل
ألا يلزمه شيء ، لأنه لو قتله لم يلزمه شيء ، فإذا ترك قتله وعفا عنه فأولى ألا يلزمه شيء ، ولأنه فعل
بعض ما فعل بوليه ، فلم يلزمه شيء كما لو قلنا إن له أن يستوفي مثل ما فعل به .

فصل

٦٦٦٤

فإن قطع يديه ورجليه ، أو جرحه جرحاً يوجب القصاص إذا انفرد ، فسرى إلى النفس فله القصاص
في النفس ، وهل له أن يستوفي القطع قبل القتل ؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناهما على الروايتين
المذكورتين في المسألة :

إحداها : ليس له قطع الطرف ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأن ذلك يفضى إلى الزيادة على ما حافاه الأول ، والقصاص يعتمد المائلة ، فمضى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع .
والثانية : يجب القصاص في الطرف ، فإن مات به وإلا ضربت عنقه ، وهذا مذهب الشافعى ، لما ذكرناه في أول المسألة ، وذكر أبو الخطاب : أنه لا يقتص منه في الطرف رواية واحدة ، وأنه لا يصح تخريجه على الروایتين في المسألة ، لإفضاء هذا إلى الزيادة ، بخلاف المسألة . والصحيح تخريجه على الروایتين وليس هذا بزيادة ، لأن فوات النفس بسراية فعله ، وسراية فعله كفعله ، فأشبهه ما لو قطعه ثم قتله ، ولأن زيادة الفعل في الصورة محتمل في الاستيفاء ، كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله في الاستيفاء إلا بضربتين .

فصل

٦٦٦٥

وإن جرحه جرحاً لا قصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به ، مثل أن أجافه ، أو أمه ، أو قطع يده من نصف ساقه ، فمات منه ، أو قطع يداً ناقصة الأصابع ، أو شلاء ، أو زائدة ، ويد القاطع أصلية صحيحة فالصحيح في المذهب : أنه ليس له فعل مثل ما فعل وليس له أن يقتص إلا في العنق بالسيف ، ذكره أبو بكر ، والقاضى ، وقال غيرهما : فيه رواية أخرى ، له أن يقتص بمثل ما فعله ، لأنه صار قتلاً ، فكان له القصاص بمثل فعله ، كما لو رض رأسه بحجر فقتله به .

والصحيح الأول ، لأن هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص ، فلم يجوز للقصاص فيه مع القتل ، كما لو قطع يمينه ، ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له أن يستوفى من يساره ، وفارق ما إذا رض رأسه فمات ، لأن ذلك الفعل قتل مفرد ، وههنا قتل وقطع ، والقطع لا يوجب قصاصاً ، فبقى مجرد القتل ، فإذا جمع المستوفى بينهما فقد زاد قطعاً لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حراماً وسواء في هذا ما إذا قطع ثم قتل عقيقه وبين ما إذا قطع فسرى إلى النفس .

فصل

٦٦٦٦

فأما إن قطع اليمين ولا يمتنى للقاطع أو اليد ولا يده ، أو قلع العين ولا عين له ، فمات المجنى عليه ، فإنه يقتل بالسيف في العنق ، ولا قصاص في طرفه ولا أعلم فيه خلافاً ، لأن القصاص إنما يكون من مثل العضو للثالث ، وهو ههنا معدوم ، ولأن القصاص فعل مثل ما فعل الجاني ، ولا سبيل إليه ، ولأنه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفياً رجلاً ممن لم يقطع له مثلها ، أو أذنأ بدلاً عن عين . وهذا غير جائز وهذا يدل على فساد الوجه الثانى في القصاص الذى قبله .

٦٦٦٧

فصل

وإن قتله بغير السيف ، مثل أن قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق ، فهل يستوفى القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان :
إحداهما : له ذلك ، وهو قول مالك ، والشافعي .

والثانية : لا يستوفى إلا بالسيف في العنق ، وبه قال أبو حنيفة ، فيما إذا قتله بمنقل [من] الحديد على إحدى الروايتين عنده ، أو جرحه فمات ووجه الروايتين ما تقدم في أول المسألة ، ولأن هذا لا يؤمن معه الزيادة على ما فعله الجاني ، فلا يجب القصاص بمثل آتته ، كما لو قطع الطرف بآلة كالة أو مسمومة ، أو بالسيف ، فإنه لا يستوفى بمثله ، ولأن هذا لا يقتل به المرتد ، فلا يستوفى به القصاص ، كما لو قتله بتجريع الخمر ، أو بالسحر ، ولا تفريع على هذه الرواية . فأما الرواية الأخرى فإنه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف ، وهذا أحد قولي للشافعي : والقول الثاني : أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به ، لأنه قتله بذلك فله قتله بمثله .

ولنا : أنه قد قل به مثل فعله فلم يزد عليه ، كما لو جرحه جرحاً أو قطع منه طرفاً فاستوفى منه الولي مثله ، فلم يمت به ، فإنه لا يكرر عليه الجرح بغير خلاف ، ويعمل إلى ضرب عنقه ، فكذا ههنا .

٦٦٦٨

فصل

وإن قتلته بما لا يحمل لعينه مثل أن لاط به فقتله ، أو جرحه خيراً ، أو سحره ، لم يقتل بمثله اتفاقاً ، ويعمل إلى القتل بالسيف ، وحكى أصحاب الشافعي فيمن قتله باللاواط وتجريع الخمر وجهاً آخر : أنه يدخل في دبره خشبة يقتله بها ، ويجرعه الماء حتى يموت .

ولنا : أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه إلى القتل بالسيف كما لو قتله بالسحر ، وإن حرقه فقال بعض أصحابنا : لا يحرق ، لأن التجريق محرم لحق الله تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يمذهب بالنار إلا رب النار »^(١) ، ولأنه داخل في عموم الخبر ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، وقال القاضي : الصحيح أن فيه روايتين كاللتفريق :

إحداهما : يحرق ، وهو مذهب الشافعي ، لما روى للبراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه »^(٢) . وحملوا الحديث الأول على غير القصاص في الحرق .
[والثانية : لا يحرق]^(٣) .

(١) أخرجه أبو داود عن حمزة الاسلمي ج ٢ ص ٥٠ (ف)

(٢) أخرجه البيهقي في المعرفة عن البراء (ف)

(٣) الزيادة من : ١٨ . وسقطت من المطبوعة .

فصل

٦٦٦٩

إذا زاد مستوفى القصاص في النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها ، نظرنا . فإن عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ما أتلف بدية . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال مالك ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأبو يوسف ، ومحمد : لا ضمان عليه ، ولكن قد أساء وبمزّر وسواء عفا عن القاتل أو قتله لأنه قطع طرفاً من جملة استحقاق إتلافها ، فلم يضمنه كالمو قطع أصبعاً من يد يستحق قطعها . ولنا : أنه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق ، فوجب عليه ضمانه ، كالمو عفا عنه ثم قطعه ، أو كالمو قطعه أحنبي . فأما إن قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه أيضاً لأنه يضمنه إذا عفا عنه ، فكذلك إذا لم يعف عنه . لأن العفو إحسان ، فلا يكون موجباً للضمان واحتمل ألا يضمنه ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه لو قطع متعمداً ، ثم قتل لم يضمن الطرف ، فلأن لا يضمنه ^(١) إذا كان القتل مستحقاً أولى .

فأما القصاص فلا يجب في الطرف ^(٢) بحال . ولا نعلم في هذا خلافاً لأن القصاص عقوبة تدرأ بالشبهات ، والشبهة هاهنا متحقق ، لأنه متحقق لإتلاف هذا الطرف ضمناً ، لاستحقاقه إتلاف الجملة ، ولا يلزم من سقوط القصاص ألا تجب الدية بدليل امتناعه ، لعدم المكافآت .

فأما إن كان الجاني قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى . وإن قطع طرفاً غير الذي قطعه الجاني كأن قطع الجاني ^(٣) يده فقطع المستوفى رجله احتمل أن يكون بمنزلة مالو قطع يده ، لأن ديتهما واحدة . واحتمل أن تلزمه دية الرجل ، لأن الجاني لم يقطعها ، فأشبهه مالو لم يقطع يده .

فصل

٦٦٧٠

فأما إن كانت الزيادة في الاستيفاء من ^(٤) الطرف مثل أن استحق قطع أصبع فقطع اثنين ، لحكمه حكم للقاطع ابتداء ، إن كان عمداً ^(٥) من مفصل أو شجرة يجب في مثلها القصاص فعليه للقصاص في الزيادة وإن كان خطأ أو جرحاً لا يوجب القصاص ، مثل من يستحق موشحة فاستوفاه هاشمة ، فعليه أرش

(١) في نسخ المغني (فلأن يضمنه) ، وفي الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٦ (فلأن لا يضمنه) ، وهو الصواب (ف)

(٢) في نسخ المغني (في الطرف) وفي الشرح الكبير الصفحة السابعة (في الطرف) وهو الصواب . (٣) في المطبوعة : ٣٩ كأن الجاني قطع يده . وما في ١٨ أوضح .

(٤) في نسخ المغني (لأنه الطرف) وفي الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٦ (من الطرف) وهو الصواب .

(٥) في نسخ المغني (لـ ، كان عمداً) ، وفي الشرح الكبير ح ٩ ص ٤٠٧ (إن كان عمداً) ،

وهو الصواب (ف)

لزيادة ، إلا أن يكون ذلك بسبب من الجاني ، كاضطرابه حال^(١) الاستيفاء فلا شيء على المقتص لأنه حصل بفعل الجاني ، فإن اختلفا هل قَوْلُهُ خطأ أو عمدًا ؟ فالقول قول المقتص مع يمينه لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه ، وهو أعلم بقصده . وإن قال المقتص : حصل هذا باضطرابك ، أو فعل من جهتك ، فالقول قول المقتص منه ، لأنه منكر ، فإن سرى الاستيفاء الذي حصلت فيه الزيادة إلى نفس المقتص منه فمات أو إلى بعض أعضائه ، مثل أن قطع إصبعه فسرى إلى جميع يده ، أو اقتص منه بآلة كآلة أو مسمومة ، أو في حال حرّ مفرط ، أو برد شديد ، فسرى . فقال القاضي : على المقتص نصف الدية ، لأنه تلف بفعلين ، جائز ومحرم ، ومضمون وغير مضمون ، فانقسم الواجب عليهما نصفين ، كالأجر جرحه جرحاً في حال رده ، وجرحاً بعد إسلامه ، فمات منهما ، وهذا كله مذهب الشافعي ويحتمل : أن يلزمه ضمان السراية كلهم - فيما إذا اقتص بآلة مسمومة ، أو كالة ، لأن الفعل كله محرم ، بخلاف قطع الأصابع ، فإن أحدهما مباح .

فصل

٦٦٧١

قال القاضي : ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضور السلطان ، وحكاه عن أبي بكر ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه أمر بفتقر إلى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه ، فلا يؤمن الحيف مع قصد النشفي . فإن استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ، ويعزز لافتيائه بفعل مامنع فعله ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان ، إذا كان القصاص في النفس ، لأن « رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، برجل يقوده بِدَسَمَةٍ^(٢) » ، فقال : إن هذا قتل أخى ، فاعترف بقتله . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إذهب فاقتله . رواه مسلم بمعناه . ولأن اشتراط حضور السلطان لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ، ولم يثبت ذلك : ويستحب أن يحضر شاهدين ، لئلا يحدد الجنى عليه الاستيفاء ، وإذا أراد الولي الاستيفاء فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفى بها ، وإن كانت كالة منعه الاستيفاء بها ، لئلا يعذب المقتول .

وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء . فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته »^(٣)

(١) في المطبوعة : خال خطأ .

(٢) النسعة : حبل من جلود مضفورة جعلها كالزمام له والحديث في صحيح مسلم ج ٣ ص ١٣٠٨ ، ١٣٠٨ وقد ذكر قصة عجيبة وفيه قال الرسول « دونك صاحبك » فلما ولي قال الرسول صلى الله عليه وسلم « إن قتلته فهو مثله ، أى لأمته لأحدهما على الآخر فلم الرجل فمعا عنه (ف)

(٣) أخرجه مسلم (ف)

وإن كانت مسمومة منعه الاستيفاء بها ، لأنها تفسد البدن ، وربما منعت غسله ، وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزز ، وإن كان السيف صارماً غير مسموم نظر في الولي ، فإن كان يحسن الاستيفاء ويكمله بالقوة والمعرفة مكنه منه ، لقوله تعالى : (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيٍّ سُلْطَانًا)^(١) وقال عليه السلام : « من قتل »^(٢) له قتل فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية . ولأنه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق .

وإن لم يحسن الاستيفاء أسره بالتوكيل ، لأنه عاجز عن استيفاء حقه . فإن ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء فأمكنه الساطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فأبانه فقد استوفى حقه ، وإن أصاب غيره وأقر بتعمد ذلك هزر . وإن قال : أخطأت وكانت الضربة في موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه ، لأن هذا مما يجوز الخطأ في مثله ، وإن كان بعيداً كالوسط والرجلين لم يقبل قوله لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه . ثم إن أراد العود ففيه وجهان :

أحدهما : لا يمكن منه ، لأنه تبين منه أنه لا يحسن الاستيفاء ، ويحتمل العود إلى مثل فعله .

والثاني : يمكن منه ، قاله للقاضي ، لأن الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانياً ، وإن كان الولي لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه ، لأنه حقه فكان له التوكيل في استيفائه كسائر حقوقه . فإن لم يجد من يوكله إلا بموض أخذ العوض من بيت المال .

قال بعض أصحابنا : يرزق من بيت المال رجل يستوفي الحدود والقصاص ، لأن هذا من المصالح العامة فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجاني ، لأنها أجرة لإيفاء الحق الذي عليه ، فكانت عليه كأجرة للسكياك في بيع السكياك ، ويحتمل أن تكون على المقتص ، لأنه وكيله ، فكانت الأجرة على موكله كسائر المواضع . والذي على الجاني التمسكين دون الفعل ، ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ، ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل لزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه . وإن قال الجاني : أنا أقتص لك من نفسي ، لم يلزم تمسكينه ، ولم يجز ذلك له لأن الله قال : « وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ »^(١) ولأن معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ، ولأن القصاص حق عليه لغيره ، فلم يجز أن يكون هو المستوفى له كالبايع لا يستوفى من نفسه .

(١) عن أبي هريرة قال : لما فتحت مكة قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من قتل له قتل فهو بخير النظرين إما أن يودي أو يقاد ، أخرجه أبو داود ، وأخرج عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يقتل مؤمن بكافر من قتل مؤمناً متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوه وإن شاءوا أخذوا الدية ، وأخرجه البخاري عن أبي هريرة ج ٩ ص ٦ ومسلم ج ٢ ض ٩٨٩ (ف) (٢) سورة النساء آية ٢٩ .

٦٦٧٢

فصل

وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء وتشاخوا في المتولى منهم الاستيفاء أسروا بتوكيل أحدهم ، أو واحد من غيرهم ، ولم يجز أن يتولاه جميعهم ، لما فيه من تعذيب الجاني ، وتعدد أفعالهم ، فإن لم يتفقوا على واحد وتشاخوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم ، لأن الحقوق إذا تساوت وعُدَّ الترجيح صرنا إلى القرعة ، كالو تشاخوا في تزويج موليئتهم ، فمن خرجت له القرعة أسر الباقيون بتوكيله ، ولا يجوز له الاستيفاء بغير إذنه ، لأن الحق لهم فلا يجوز استيفاءه بغير إذنه وإن لم يتفقوا على توكيل واحد منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا .

٦٦٧٣

مسألة

قال : ﴿ وإن كانت الجراح برئت قبل قتله فعلى العفو عنه ثلاث ديات ، إلا أن يريدوا القود فيعيذوا وبأخذوا من ماله ديتين ﴾ .

أما إذا قطع يديه ورجليه فبرئت جراحه ثم قتله فقد استقر حكم القطع ، ولولى القتل الخيار ، إن شاء عفا وأخذ ثلاث ديات ، دية لنفسه ، ودية ليديه ، ودية لرجليه . وإن شاء قتله قصاصاً بقتل ، وأخذ ديتين لأطرافه ، وإن أحب قطع أطرافه الأربعة وأخذ دية لنفسه ، وإن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه ، وإن أحب قطع رجليه وأخذ ديتين لنفسه ويديه ، وإن أحب قطع طرفاً واحداً وأخذ دية الباقي وإن أحب قطع ثلاثة أطراف وأخذ دية الباقي وكذلك سائر فروعها ، لأن حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال ، فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده ، كالو قتله أجنبي ولا نعلم في هذا مخالفاً^(١) .

٦٦٧٤

فصل

فإن اختلف الجاني والولى في اندمال الجرح قبل القتل ، وكانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندماله في مثلها ، فالقول قول الجاني بغير يمين . وإن اختلفا في مضي المدة فالقول قول الجاني مع يمينه ، لأن الأصل عدم مضيها . وإن كانت المدة مما يحتمل البرء فيها فالقول قول الولى مع يمينه ، لأنه قد وجد سبب وجوب دية اليدين بقطعهما ، والجاني يدعى سقوط ديتيها بالقتل ، والأصل عدم ذلك . فإن كانت للجاني بيعة ببقاء الجنى عليه ضمناً حتى قتله حكم له ببيئته ، وإن كان للولى بيعة ببرئه حكم له أيضاً . وإن تعارضتا قدمت بيعة الولى ، لأنها مثبتة للبرء . ويحتمل أن يكون القول قول الجاني إذا لم يسكن لها بيعة ، لأن الأصل بقاء الجراحة ، وعدم اندمالها .

وإن قطع أطرافه فمات واختلفا : هل برأ قبل الموت أو مات بسرابة الجرح ، أو قال الولي : إنه مات بسبب آخر ، كأن لدغ أو ذبح نفسه ، أو ذبحه غيره ، فالحكم فيما إذا مات بغير سبب آخر كالحكم فيما إذا قتله سواء ، وأما إذا مات بقتل أو سبب آخر ففيه وجهان :

أحدهما : تقديم قول الجاني ، لأن الظاهر بقاء الجنابة والأصل عدم سبب آخر ، فيكون الظاهر معه .

والثاني : القول قول ولي الجنابة ، لأن الأصل بقاء الديقين اللتين وجد سببهما حتى يوجد ما يزيلهما فإن كانت دعواهما بالأمسك فقال الولي : مات من سرابة قطمك ، فملك القصاص في النفس ، فقال الجاني : بل اندملت جراحه^(١) قبل موته ، أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولي مع ينفه ، لأن الجرح سبب الموت فقد تحقق ، والأصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح فيما يجب به القصاص في الطرف كقطع اليد من مفصل ، ولا يوجب كالجائفة والقطع من غير مفصل وهذا كله مذهب الشافعي .

مسألة

٦٦٧٥

قال : (ولو رمى وهو مسلم كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود ، وعليه دية حر مسلم إذا مات من سهمه) .

هذا قول ابن حامد ، ومذهب الشافعي ، وقال أبو بكر : يجب القود ، لأنه قتل مكافئاً له ظمداً عمداً ، فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلماً حال الرمي ، يحققه أن الاعتبار بحال الجنابة ، بدليل ما لو رمى مسلماً حياً فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مات لم يلزمه شيء ، ولو رمى عبداً كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فمليه دية حر مسلم ، وقال أبو حنيفة : يلزمه في العبد دية عبد لمولاه ، لأن الإصابة ناشئة عن إرسال السهم ، فكان الاعتبار بها كحالة الجرح . فأما الكافر فذهب أن دية المسلم ، وأنه يقتل به المسلم وكذلك يقتل الحر بالعبد .

ولنا على درء القصاص : أنه لم يعتمد إلى نفس مكافئة له حال الرمي ، فلم يجب عليه قصاص ، كما لو رمى حريباً أو مرتداً فأسلم وعلى أبي حنيفة : أنه أتلف حراً فضمنه ضمان الأحرار ، كما لو قصد صيداً ، وما قاله يبطل بما إذا رمى حياً فأصابه ميتاً ، أو صحيحاً فأصابه مميماً .

ولنا : على أن دية تجب لورثته دون سيده : أنه إذا أسلم تجب دية لورثته المسلمين دون الكفار إن مات مسلماً حراً ، فكانت دية لورثته المسلمين كما لو كان كذلك حال رمية ، ولأن الميراث إنما

يستحق بالموت فتعتبر حاله حينئذ لا حين سبب الموت ، بدليل مالو مرض وهو عبد كافر ، ثم أسلم ومات بتلك العلة ، والواجب بدل الحبل ، فيعتبر بالحبل الذى فات بها فيجب بقدره ، وقد فات بها نفس حر مسلم ، والقصاص جزاء الفعل ، فيعتبر الفعل فيه والإصابة معاً ، لأنهما طرفاه ، فلذلك لم يجب القصاص بقتله .

٦٦٧٦

فصل

ولم يفرق الخرق بين كون الكافر ذمياً أو غيره ، إلا أنه يتمين التفريق فيه ، فتنى رى إلى حربى^(١) فى دار الحرب فأسلم قبل وقوع الرمية به ، فلا دية له ، وفيه الكفارة ، لأنه رى مندوب إليه مأمور به ، فأشبهه مالو قتله فى دار الحرب بظنه حربياً ، وكان قد أسلم وكنتم لإسلامه ، وفيه رواية أخرى : أن فيه الدية على عاقله القاتل ، لأنه نوع خطأ فكذلك ههنا ، ولو رى مرتدأ فى دار الإسلام فأسلم ثم وقع السهم به ضمه ، لأنه مفرط بإرسال سهمه عليه ، لأن قتل المرتد إلى الإمام لا إلى آحاد الناس ، وقتله بالسيف لا بالسهم .

٦٦٧٧

فصل

ولو رى حربياً فقتل بمسلم فأصابه فقتله ، نظرنا ، فإن كان تترس به بعد الرى ففيه الكفارة ، وفى الدية على عاقله الراى روايتان كالتى قبلها ، وإن تترس به قبل الرى لم يجز رميه إلا أن يخاف على المسلمين فيرمى الكافر ، ولا يقصد المسلم ، فإذا قتله ففى دية أيضاً روايتان . وإن رماه من غير خوف على المسلم فقتله فعليه دية ، لأنه لم يجز له رميه .

٦٦٧٨

فصل

ولو قطع يد عبد ثم أعقب ومات ، أو يد ذى ثم أسلم ومات ، ففيه وجهان : أحدهما : الواجب دية حر مسلم لورثته ، وإسيده منها أقل الأسرى من دية أو أورش جنايته ، اعتباراً بحال استقرار الجفاية .

وقال القاضى^(٢) وأبو بكر : تجب قيمة العبد بالغة ما بلغت مصروفة إلى السيد اعتباراً بحال الجفاية لأنها الموجب للضمان فاعتبرت حال وجودها ، ومقتضى قولها ضمان الذى الذى أسلم بدية ذى ، ويلزمهما على هذا أن يصرفاها إلى ورثته من أهل الذمة ، وهو غير صحيح ، لأن الدية لا تخلو من أن تكون مستحقة

(١) فى ٢٩ : فتنى رى حربياً .

(٢) هذه هى الرواية الثانية .

المعنى عليه ، أو لورثته ، فإن كانت له وجب أن تكون لورثته المسلمين كسائر أمواله وأملاكه ، كالذي كسبه بعد جرحه ، وإن كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دن الكفار .

فصل

٦٦٧٩

وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ، ثم أعتقه السيد ، وبقيت قيمته بسكاتها للسيد . وإن أعتقه ثم اندمل فكذلك ، لأنه إنما استقر بالاندمال ماوجب بالجناية ، والجناية كانت في ملك سيده . وإن مات من سراية الجرح فكذلك في قول أبي بكر والقاضي ، وهو قول المزني ، لأن الجناية يراعى فيها حال وجودها . وذكر القاضي ، أن أحمد نص عليه في رواية حنبل ، فيمن أعتق عبد ثم أعتق ومات ، ففيه قيمته لا الدية . ومقتضى قول الخرق أن الواجب فيه دية حر ، وهو مذهب الشافعي ، لأن اعتبار الجناية بحالة الاستقرار ، وقد ذكرناه وتصرف إلى السيد لأنه استحق أقل الأمرين من دية حر ، أو أرش الجرح ، والدية ههنا أقل الأمرين ، وما ذكره ينقض بما إذا قطع يديه ورجليه فمات بسراية الجرح . فإن الواجب دية النفس لادية الجرح .

فصل

٦٦٨٠

وإن قطع يد عبد فأعتق ، ثم عاد فقطع رجله واندمل القطعان ، فلا قصاص في اليد ، لأنها قطعت في حال رقه ، ويجب فيها نصف قيمته ، أو ما يقصه القطع لسيده ، ويجب القصاص في الرجل التي قطعها حال حريته ، أو نصف الدية إن عفا عن القصاص لورثته ، وإن اندمل قطع اليد ، وسرى قطع الرجل إلى نفسه ففي اليد نصف القيمة لسيده ، وعلى القاطع القصاص في النفس ، أو الدية كاملة لورثته ، وإن اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ففي الرجل القصاص بقطعها ، أو نصف الدية لورثته ، ولا قصاص في اليد ، ولا في سرايتها ، وعلى الجاني دية حر ، لسيده منها أقل الأمرين من أرش القطع ، أو دية الحر على قول ابن حامد ، وعلى قول أبي بكر والقاضي : تجب قيمة العبد لسيده اعتباراً بحال جنايته ، وإن سرى الجرحان لم يجب القصاص في النفس ولا اليد ، لأنه مات من جرحين ، موجب وغير موجب ، فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين عمداً وخطأً ، ولكن يجب القصاص في الرجل ، لأنه قطعها من حر ، فإن اقتص منه وجب نصف الدية . لأنه مات من جنايته وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية ، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو نصف الدية ، فإن زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائد للورثة ، وإن عفا ورثته عن القصاص فلمهم أيضاً نصف الدية .

وإن كان قاطع الرجل غير قاطع اليد ، واندمل الجرحان فعلى قاطع اليد نصف القيمة لسيده ، وعلى قاطع الرجل القصاص فيها ، أو نصف الدية وإن سرى الجرحان إلى نفسه فلا قصاص على الأول ، لأنه

قطع يد عبد ، وعليه نصف دية حر ، لأن المجنى عليه حر في حال قرار الجنابة ، وعلى الثاني القصاص في النفس إذا كان عمد القطع^(١) لأنه شارك في القتل عمداً عدواناً فهو كشريك الأب ويتخرج أن لا قصاص عليه في النفس لأن الروح خرجت من سراية قطعين موجب وغير موجب بناء على شريك الأب ، وإن عفا عنه إلى الدية فعليه نصف دية حر ، وإن قلنا بوجوب القصاص في النفس خرج في وجوبه في الطرف روايتان ، وإن قلنا : يحب في النفس وجب في الرجل .

فصل

٦٦٨١

وإن قلع عين عبد ثم أعتق ، ثم قطع آخر يده ، ثم قطع آخر رجله ، فلا قود على الأول ، سواء اندمل جرحه أو سرى . وأما الآخرا فعليهما القود في الطرفين إن وقف قطعهما ، أو ديتهما إن عفا عنهما . وإن سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص في النفس ، لأن جنابتهما صارت نفساً ، وفي ذلك وفي القصاص في الطرف اختلاف ، وقد ذكرناه . وإن عفا عنهما فعليهم الدية أثلاثاً ، وفيما يستحقه السيد وجهان :

أحدهما : أقل الأسرين من نصف القيمة أو ثلث الدية ، هذا قياس قول أبي بكر ، لأنه بالقطع استحق نصف القيمة ، فإذا صارت نفساً وجب فيها ثلث الدية ، فكان له أقل الأسرين .

والثاني : له أقل الأسرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية ، لأن الجنابة إذا صارت نفساً كان الاعتبار بما آلت إليه ، ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخرا قبل العتق أيضاً لم يسكن على الأول إلا ثلث القيمة ، فلا يزيد حقه بالعتق ، كما لو قلع رجل ميمه ثم باعه سيده ، ثم قطع آخر يده ، وآخر رجله ، ثم مات ، فإنه يكون للأول ثلث القيمة ؟ وإن كان أرش الجنابة نصف القيمة فإذا قلنا بالوجه الأول ، فلو كان الأول قطع إصبعيه ، أو هشمه ، والجانيان في الحرية قطعاً يده ، فالدية عليهم أثلاثاً ، للسيد منها أقل الأسرين من أرش الأصبع وهو عشر القيمة ، أو ثلث الدية ، ولو كان الجاني في حال الرق قطع يديه والجانيان في الحرية قطعاً رجله ، وجبت الدية أثلاثاً وكان للسيد منها أقل الأسرين من جميع قيمته أو ثلث الدية وعلى الوجه الآخر يسكون له في الفرعين أقل الأسرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية .

فصل

٦٦٨٢

فإن كان الجانيان في حال الرق ، والواحد في حال الحرية ، فمات فعليهم الدية ، وللسيد من ذلك

(١) في ١٨ : إذا كان متممداً القطع .

في أحد الوجهين أقل الأمرين من أرش الجفائيتين ، أو ثلثي الدية ، وعلى الآخر أقل الأمرين من ثلثي القيمة ، أو ثلثي الدية .

فصل

٦٦٨٣

وإن كان الجناة أربعة ، واحد في الرق ، وثلاثة في الحرية ، ومات ، كان للسيد في أحد الوجهين الأقل من أرش الجفائية أو ربع الدية ، وعلى الآخر الأقل من ربع القيمة أو ربع الدية . وإن كان الثلاثة في الرق والواحد في الحرية ، كان للسيد أقل الأمرين من أرش الجفائيات وثلاثة أرباع الدية في أحد الوجهين ، وفي الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية . ولو كانوا عشرة ، واحد في الرق ، وتسعة في الحرية ، فالدية عليهم ، وللسيد فيها بحساب ما ذكرنا على اختلاف الوجهين .

فصل

٦٦٨٤

فإن قطع يده ثم أعتق ، فقطع آخر رجله ، ثم عاد الأول فقتله بعد الاندمال ، فعليه القصاص المورثة ، ونصف مقيمة للسيد ، وعلى الآخر القصاص للورثة في الرجل ، أو نصف الدية ، فإن كان قبل الاندمال فعلى الجاني الأول القصاص في النفس دون اليد . لأنه قطعها في رقه ، فإن اختار الورثة القصاص في النفس سقط حق السيد ، لأنه لا يجوز أن يستحق عليه النفس ، وأرش الطرف قبل الاندمال ، فإن الطرف داخل في النفس في الأرض .

وإن اختاروا الففو فعليه الدية دون أرش الطرف ، لأن أرش الطرف يدخل في النفس ، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو أرش الطرف ، والباقي للورثة ، وأما الثاني فعليه نصف القصاص في الرجل ، لأن القتل قطع سرايتها ، فصار كما لو اندملت ، فإن عفا عنه فعليه القصاص في النفس ، وهل يقطع طرفه ؟ على روايتين . فإن عفا الورثة فعليه دية واحدة ، وأما الأول فعليه نصف القيمة للسيد ، ولا قصاص عليه .

وإن كان القاتل ثالثاً فقد استقر القطمان ، ويكون على الأول نصف القيمة لسيد ، وعلى الثاني القصاص في الرجل ، أو نصف الدية لورثته ، وعلى الثالث القصاص في النفس ، أو الدية .

فصل

٦٦٨٥

وإذا قطع رجل يد عبده . ثم أعتقه ، ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا ضمان ، لأنه إنما قطع يد عبده ، وإنما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح ، وإن مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه ، لأن الجفائية كانت على مملوكه : وفي وجوب الضمان وجهان .

أحدهما : لا يجب شيء ، لأنه مات بسراية جرح غير مضمون أشبه ما لو مات بسراية القتل في الحد

وسراية القود ، ولأننا تبينا أن القطع كان قتلا ، فيكون قاتلا لمعبده فلا يلزمه ضمانه ، كما لو لم يعقده .
والثاني : يضمه بما زاد على أرض القطع من الدية ، لأنه مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن ،
كما لو كان القاطع أجنبياً ، لكن يسقط أرض القطع ، لأنه في ملكه ، ويجب الزائد لورثته ، فإن لم يكن
له وارث سواء وجب لبيت المال ، ولا يرث السيد شيئاً ، لأن القاتل لا يرث .

مسألة

٦٦٨٦

قال ﴿ وإذا قتل رجل اثنين ، واحداً بعد واحد ، فاتفق أولياء الجميع على القود أقيدهما . وإن أراد
ولى الأول القود ، والثاني الدية ، أقيده للأول ، وأعطى أولياء الثاني الدية من ماله . وكذلك إن أراد
أولياء الأول الدية ، والثاني القود . ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قتل اثنين فاتفق أولياؤهما على قتله بهما قتل بهما ، وإن أراد أحدهما القود
والآخر الدية قتل لمن أراد القود ، وأعطى أولياء الثاني الدية من ماله ، سواء كان المختار للقود الثاني
أو الأول ، وسواء قتلها دفعة واحدة أو دفعتين فإن بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية في ماله أيهما
كان . وقال أبو حنيفة ومالك : يقتل بالجماعة ليس لهم إلا ذلك ، فإن طلب بعضهم الدية فليس له ، وإن
بادر أحدهم فقتل سقط حق الباقي ، لأن الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به ، فكذلك إذا قتلهم واحد قتل
بهم كالواحد بالواحد .

وقال الشافعي : لا يقتل إلا بواحد ، سواء اتفقوا على طلب القصاص أو لم يتفقوا ، لأنه إذا كان
لكل واحد استيفاء القصاص فاشتراكهم في المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق .

ولنا على أبي حنيفة : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « فن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن
أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقول » فظاهر هذا : أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من
القتل أو الدية ، فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم ، وإن اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخبر ،
ولأنهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأ أو أحدهما ، فلم يتداخل في العمد كالجنايات على الأطراف ،
وقد سلموها :

ولنا على الشافعي : أنه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معاً رضى المستحقين به عنهما فيمكنه به ،
كما لو قتل عبد عبيدين خطأ ، فرضى بأخذه عنهما ، ولأنهما رضيا بدون حقهما فجاز ، كما لو رضى صاحب
الصحيحة بالشلاء ، أو ولى الحر بالعبد ، وولى المسلم بالكافر ، وفارق ما إذا كان القتل خطأ ، فإن الجناية
تجب في الذمة ، والذمة تنسج لحقوق كثيرة ، وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح ، فإن الجماعة
قتلوا بالواحد ، لئلا يؤدي الاشتراك إلى إسقاط القصاص تمليطاً للقصاص ، ومبالغة في الزجر ، وفي مسألتنا

ينعكس هذا ، فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد ، وإن قتل الثاني والثالث لا يزداد به عليه حق بادر إلى قتل من يريد قتله ، وفعل ما يشتهي فعله ، فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية .

فصل

٦٦٨٧

وإن طلب كل ولي قتله بوليه مستقلاً من غير مشاركة قدم الأول ، لأن حقه أسبق ، ولأن المحل صار مستحقاً له بالقتل الأول ، فإن عفا ولي الأول فلولي الثاني قتله ، وإن طالب ولي الثاني قبل طالب الأول ، بعث الحاكم إلى ولي الأول فأعلمه ، وإن بادر الثاني فقتله أساء ، وسقط حق الأول إلى الدية ، وإن كان ولي الأول غائباً ، أو صغيراً أو مجنوناً انتظر ، وإن عفا أولياء الجميع إلى الديات فلمهم ذلك ، وإن قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا في المستوفى أفرع بينهم ، فقدم من تقع له القرعة لتساوى حقوقهم ، وإن بادر غيره فقتله استوفى حقه ، ويسقط حق الباقيين إلى الدية ، وإن قتلهم متفرقاً وأشكل الأول ، أو ادعى كل ولي أنه الأول ، ولا يدعونه لهم ، فأقر المقاتل لأحدهم قدم بإقراره ، وإن لم يقر أقرعنا بينهم لا ستواء حقوقهم .

فصل

٦٦٨٨

وإن قطع يميني رجلين فالجسم فيه كالجسم في الأنفس على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف ، إلا أن أصحاب الرأي قالوا : يقاد لهما جميعاً ، وبغرم لهما دية اليد في ماله نصفين ، وهذا لا يصح ، لأنه يفضى إلى إيجاب القود في بعض المعضو ، والدية في بعضه ، والجمع بين البذل والمبدل في محل واحد ، ولم يرد الشرع به ، ولا نظير له يقاس عليه .

فصل

٦٦٨٩

وإن قطع بدرجل ثم قتل آخر ، ثم سرى القطع إلى نفس المقطوع فمات فهو قاتل لهما ، فإذا تشاحا في المستوفى للقتل قتل بالذي قتله ، لأن وجوب القتل عليه أسبق ، فإن القتل بالذي قطعه إنما وجب عند السراية ، وهي متأخرة عن قتل الآخر ، وأما القطع فإن قلنا : إنه يستوفى منه مثل ما فعل ، فإنه يقطع له أولاً ، ثم يقتل الذي قتله ، ويجب للأول نصف الدية ، وإن قلنا : لا يستوفى القطع ، وجبت له الدية كاملة ، ولم يقطع طرفه ، ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال ، لأن القطع إنما يدخل في القتل عند استيفاء القتل ، فإذا أعذر استيفاء القتل وجب استيفاء الطرف ، لوجوب مقتضيه ، وعدم المانع من استيفائه ، كما لو لم يسر ولو كان قطع اليد لم يسر إلى النفس ، فإنه تقطع يده أولاً ، ثم يقتل ، وسواء

تقدم القطع أو تأخر؟ وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : يقتل ولا يقطع ، لأنه إذا قتل تلف الطرف فلا فائدة في القطع ، فأشبهه ما لو كانا لواحد .

ولنا : أنهما جنايتان على رجلين فلم يتداخل كقطع يدي رجلين ، وما ذكره من القياس غير صحيح ، لأنه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل ونحن نوافق على هذا في رواية ، فقد حصل الإجماع منا ومنهم على انتفاء التداخل في الأصل فكيف نقيس عليه ؟ ولكنك ينقلب دليلا عليه ، فتقول : قطع وقتل فيستوفى منه مثل ما فعل ، كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة به ، ويثبت الحكم في محل النزاع بطريق التنبية ، فإنه إذا لم يتداخل حق الواحد ، لحق الإثنين أولى ، ويبطل بهذا ما قاله من المعنى .

فصل

٦٦٩٠

وإن قطع إصبعاً من يمين رجل ، ويميناً لآخر . وكان قطع الإصبع أسبق ، قطعت إصبعه قصاصاً ، وخير الآخر بين العفو إلى الدية وبين القصاص ، وأخذ دية الأصبع ، ذكره القاضي ، وهو اختيار ابن حامد ، ومذهب الشافعي ، لأنه وجد بعض حقه ، فكان له استيفاء الموجود ، وأخذ بدل المفقود ، كمن أتلف مثلياً لرجل فوجد بعض المثل .

وقال أبو بكر : يخير بين القصاص ولا شيء له معه ، وبين الدية هذا قياس قوله ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس ، وإن كانت قطع اليد سابقاً على قطع الأصبع قطعت يمينه قصاصاً ولصاحب الأصبع أرشها ، ويفارق هذا ما إذا قتل رجلاً ، ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره ، لأن قطع اليد لا يمنع التكافؤ في النفس ، بدليل أنا نأخذ كامل الأطراف بناقصها ، وأن ديتهما واحدة ، ونقص الأصبع يمنع التكافؤ في اليد ، بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة ، واختلاف ديتهما وإن عفا صاحب اليد قطعت الأصبع لصاحبها إن اختار قطعها .

مسألة

٦٦٩١

قال : (وإن جرحه جرحاً يمكن الاقتصاص منه بلا حيف اقتص منه) .

وجملة ذلك : أن القصاص يجري فيما دون النفس من الجروح إذا أمكن ، للنص والإجماع ، أما النص فقول الله تعالى : « وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ »^(١) . وروى أنس بن مالك : « أن الربيع بنت النضر ابن أنس كسرت ثنية جارية ، فعرضوا عليهم الأرش فأبوا إلا القصاص ، فجاء أخوها أخوها أنس بن

النفوس فقال : يا رسول الله تسكسر نذية الربيع ؟ والذي بعثك بالحق لا تسكسر نذيتها . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يا أنس كتاب الله القصاص . قال : فعفا القوم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره . متفق عليه . وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن ، ولأن مادون النفس كالنفس في الحاجة إلى حفظه بالقصاص ، فكان كالنفس في وجوبه .

فصل

٦٦٩٢

ويشترط لوجوب القصاص في الجروح ثلاثة أشياء :

أحدهما : أن يكون عمداً محضاً ، فأما الخطأ فلا قصاص فيه إجماعاً ، ولأن الخطأ لا يوجب القصاص في النفس ، وهي الأصل ، ففيما دونها أولى ، ولا يجب بعمد الخطأ ، وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضي إلى ذلك غالباً ، مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلما فتوضعه ، فلا يجب به القصاص ، لأنه شبه العمد ، ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض . وقال أبو بكر : يجب به القصاص ، ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية .

الثاني : التكافؤ بين الجراح والجروح ، وهو أن يكون الجاني بقاد من الجنى عليه لو قتله ، كالحر المسلم مع الحر المسلم ، فأما من لا يقتل بقتله فلا يقتص منه فيما دون النفس له كالسلم مع الكافر والحر مع العبد ، والأب مع ابنه ، لأنه لا تؤخذ نفسه بنفسه ، فلا يؤخذ طرفه بطرفه ، ولا يجرح بجرحه ، كالسلم مع المستأمن .

الثالث : إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة لأن الله تعالى قال : « وَإِنْ هَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا هَاقَبْتُمْ بِهِ »^(١) وقال : « فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ »^(٢) ولأن دم الجاني معصوم إلا في قدر جنايته ، فما زاد عليها يبقى على المصمة ، فيحرم استيفاؤه بعد الجناية ، كتعريمه قبلها ، ومن ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص ، لأنها من لوازمه فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه ، وهذا لا خلاف فيه نعلمه .

ومن منع القصاص فيما دون الموضوعة الحنن ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . ومنعه في العظام عمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، والنخعي ، والزهري ، والحكم ، وابن شبرمة ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي .

إذا ثبت هذا فإن الجرح الذي يمكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهي إلى عظم كالموضوعة

في الرأس والوجه ، ولا نعلم في جواز القصاص في الموضحة خلافاً ، وهي كل جرح ينتهي إلى العظم في الرأس والوجه ، وذلك لأن الله تعالى نص على القصاص في الجروح ، فلم يجب همنا لسقط حكم الآية ، وفي معنى الموضحة . كل جرح ينتهي إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه ، كالساعد ، والعضد ، والساق ، والفخذ ، في قول أكثر أهل العلم . وهو منصوص الشافعي . وقال بعض أصحابه : لا قصاص فيها ، لأنه لا يقدر فيها وليس بصحيح لقول الله تعالى : « وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ »^(١) ولأنه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولا زيادة لانتهائها إلى عظم فهي كالوضحة والتقدير في الموضحة ليس هو المقتضى للقصاص ولا عدمه مانعاً وإنما كان التقدير في الموضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا قدر ما فوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه وكذلك الجائفة أُرشدوا مقدر لا قصاص فيه .

فصل

٦٦٩٣

ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها الزيادة سواء كان الجرح بها أو بغيرها لأن القتل إنما يستوفى بالسيف لأنه آله وليس ثمة شيء يخشى التمدد إليه فيجب أن يستوفى مادون النفس بآله ويتوقى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاؤه ولأننا منعنا القصاص بالسكينة فيما تخشى الزيادة في استيفائه فلأن نمنع الآلة التي يخشى منها ذلك أولى فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفى ذلك إلا من له علم بذلك كالجرائمي ومن أشبهه فإن لم يمكن للولى علم بذلك أسر بالاستغابة ، وإن كان له علم فقال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لأنه أحد نوعي القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالاقتل ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالتل ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ولا يلبه إلا نائب الإمام أو من يستنبيه ولى الجناية وهذا مذهب الشافعي لأنه لا يؤمن مع العداوة وقصد النفس الحيف في الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بأن يدمى الجاني الزيادة وينكرها المستوفى .

فصل

٦٦٩٤

وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فإن كان على موضعها شعر حلقه ويعمد إلى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم منه طولها بخشبة أو خيط ، ويضمها على رأس الشاج ، ويعلم طرفيه بخط ، بسواد أو غيره ، ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة ، فيضعها في أول للشجة ويجرها^(٢) إلى آخرها ويأخذ مثل الشجة طولاً وعرضاً ، ولا يراعى العمق لأن حده العظم ، ولوروى العمق لتعذر الاستيفاء ، لأن

الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته ، وهذا كما يستوفى في الطرف مثله ، وإن اختلفا في الصغر والكبر والدقة والغلظ ، ويراعى الطول والعرض ، لأنه ممكن ، فإن كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفى قدر الشجة ، وإن كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت إن استوعب^(١) رأس الشاج كله ، وهى بعض رأس المشجوج لأنه استوفاه بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجانى ، لأن الجميع رأسه .

وإن كان قدر الشجة يزيد على رأس الجانى فإنه يستوفى الشجة من جميع رأس الشاج ، ولا يجوز أن ينزل إلى جبهته ، لأنه يقتص فى عضو آخر غير العضو الذى جنى عليه ، وكذلك لا ينزل إلى قفاه لما ذكرناه . ولا يستوفى بقية الشجة فى موضع آخر من رأسه ، لأنه يكون مستوفياً لموضعين ، وواضحاً للجديدة فى غير الموضع الذى وضمها فيه الجانى . واختلف أصحابنا فيماذا يصنع ؟ فذكر القاضى أن ظاهر كلام أبى بكر أنه لا أرش له فيما بقى كيلاً مجتمع قصاص ودية فى جرح واحد ، وهذا مذهب أبى حنيفة فعلى هذا يتخير بين الاستيفاء فى جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين المنع إلى دية موضحة وقال أبو عبد الله بن حامد وبعض أصحابنا له أرش مابقى وهو مذهب الشافعى ، لأنه تعذر القصاص فيما جنى عليه ، فمكأن له أرشه كما لو تعذر فى الجميع .

فعلى هذا تقدر شجة الجانى من الشجة فى رأس الجنى عليه ، ويستوفى أرش الباقى ، فإن كانت بقدر ثلثها فله ثلث أرش موضحة وإن زادت أو نقصت من هذا فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة كاملة لثلاث يفضى إلى إيجاب القصاص ودية موضحة فى موضحة واحدة فإن أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فلامجنى عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحته من أى الطرفين شاء لأنه جنى عليه فى ذلك الموضع كله وإذا استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصاص فى ذلك القدر ، فإذا اندمجت موضحته استوفى منه القصاص فى موضع الاندمال ، لأنه موضع الجناية وإن ادعى الخطأ فالقول قوله ، لأنه محتمل ، وهو أعلم بقصده ، وعليه أرش موضحة ، فإن قيل فهذه الموضحة كلها لو كانت عدواناً لم يجب فيها لإلادية موضحة ؟ قلنا : لأن المستوفى لم يكن جنابة ، إنما الجنابة الزائد ، والزائد لو انفرد لمكان موضحة ، فمكأن ذلك إذا كان معه ما ليس بجنابة بخلاف ما إذا كانت كلها عدواناً فإن الجميع جنابة واحدة .

فصل

٦٦٩٥

وإذا أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فأحب أن يستوفى القصاص بعضه من مقدم الرأس

(١) فى ١٨ : وإن استوعب .

وبعضه من مؤخره . احتمل أن يمنع منه ، لأنه يأخذ موضحتين بواحدة وديتهما مختلفتان . واحتمل الجواز ، لأنه لا يجاوز موقع الجفاية ولا قدرها إلا أن يقول أهل الخبرة إن في ذلك زيادة ضرر أوشين ، فلا يفعل ولأصحاب الشافعى [قولان] كهذين فإن كان رأس الجنى عليه أكبر فأوضعه الجانى فى مقدمه ومؤخره موضحتين ، قدرهما جميع رأس الجانى ، فله الخيار بين أن يوضعه موضحة واحدة فى جميع رأسه ، أو يوضعه موضحتين يقتصر فى كل واحدة منهما على قدر . موضحته ، ولا أرش لذلك وجهاً واحداً ، لأنه ترك الاستيفاء مع إمكانه . وإن عفا إلى الأرش فله أرش موضحتين . وإن شاء اقتصر من أحدهما وأخذ دية الأخرى .

فصل

٦٦٩٦

وإذا كانت الجفاية فى غير الرأس والوجه فكانت فى ساعد فزادت على ساعد الجانى لم ينزل إلى السكف ولم يصعد إلى المضد وإن كانت فى الساق لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ لأنه عضو آخر فلا يقتصر منه كما لم ينزل من الرأس إلى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس .

فصل

٦٦٩٧

وإذا شج^(١) فى مقدم رأسه أو مؤخره عرضاً شجرة لا يتسع لها مثل ذلك الموضع من رأس الشاج فأراد أن يستوفى من وسط الرأس فيما بين الأذنين لسكونه يتسع لمثل تلك الموضحة ففيه وجهان . أحدهما : لا يجوز . لأنه غير الموضع الذى شجبه فلم يجوز له الاستيفاء منه كما لو أمسكته استيفاء حقه من محل شجته ، واحتمل أن يجوز ، لأن الرأس عضو واحد ، فإذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته جاز من غيره ، كما لو شجبه فى مقدم رأسه شجرة قدرها جميع رأس الشاج ، جاز إتمام استيفائها فى مؤخر رأس الجانى . وهذا منصوص الشافعى . وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح فى موضع من الساق والقدم والذراع والمضد . وإن أمكن الاستيفاء من محل الجفاية لم يجوز المدول عنه وجهاً واحداً .

مسألة

٦٦٩٨

قال : ﴿ وكذلك إذا قطع منه طرفاً من مفصل ، قطع منه مثل ذلك المفصل ، إذا كان الجانى يقاد من الجنى عليه لو قتله ﴾ .

أجمع أهل العلم على جريان القصاص فى الأطراف ، وقد ثبت ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَالْمَعِينُ بِالْمَعِينِ

وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ» ^(١) وبخبر الرُّبَيْع بنت النضر بن أنس ، وبشترط لجريان القصاص فيها شروط خمسة :

أحدها : أن يكون عمداً على ما أسلفناه .

والثاني : أن يكون الجنى عليه مكاناً للجاني ، بحيث يقاد به لو قتله .

والثالث : أن يكون الطرف مساوياً ^(٢) للطرف ، ولا يؤخذ صحيح بأشل ، ولا كاملة الأصابع بناقصة ، ولا أصلية بزائدة . ولا يشترط التساوى في الدقة والغلظ ؟ والصغر والكبر والصحة والمرض ، لأن اعتبار ذلك يفضي إلى سقوط القصاص بالكلية .

والرابع : الاشتراك في الإسم الخاص ، فلا تؤخذ يمين بيسار ، ولا يسار بيمين ، ولا أصبع بمخالفة لها ، ولا جفن أو شفة إلا بمثلها .

والخامس : إمكان الاستيفاء من غير حيف ، وهو أن يكون القطع من مفصل ، فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه . وقد روى نمر ^(٣) بن جابر عن أبيه أن رجلاً ضربه على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستمدى عليه النبي صلى الله عليه وسلم فأمر له بالدية ، فقال : إني أريد القصاص فقال : « خذ الدية ، بارك الله لك فيها » . ولم يقض له بالقصاص . رواه ابن ماجه .

فصل

٦٦٩٩

وفي قطع اليد ثمان مسائل :

أحدها : قطع الأصابع من مفاصلها ، فالقصاص واجب ، لأن لها مفاصل ، ويمكن القصاص من غير حيف ، وإن اختار الدية فله نصفها ، لأن في كل أصبع عشر الدية .

الثانية : قطعها من نصف الكف ، فليس له القصاص من موضع القطع ، لأنه ليس بمفصل ، فلا يؤمن الحيف فيه . وإن أراد قطع الأصابع ففيه وجهان : أحدهما : ليس له ذلك ، وهذا اختيار أبي بكر ، لأنه يقتض من غير موضع الجفاية ، فلم يحز كما لو كان القطع من الكوع ، بحقه أن امتناع قطع الأصابع إذا قطع من الكوع إنما كان لعدم المقتضى . أو وجود مانع ، وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف . والثاني : له قطع الأصابع ، ذكره أصحابنا ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه يأخذ دون حقه أمجزه عن استيفاء حقه ، فأشبهه ما لو شجعه هاشمة فاستوفى موضعه .

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٢) في المطبوعة : مقساوياً . وما في ١٨ أوضح .

(٣) في نسخ المغني (نمر بن جابر) والصواب (نمران بن جارية) كما في سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٤٠ .

وفارق ما إذا قطع من الكوع ، لأنه أمكنه استيفاء حقه ، فلم يجز له المدول إلى غيره . وهل له حكومة في نصف الكف ؟ فيه وجهان : أحدهما : ليس له ذلك ، لأنه يجمع بين القصاص والأرض في عضو واحد ، فلم يجز كالأو قطع من الكوع . والثاني : له أرض نصف الكف ، لأنه حق له تمذر استيفائه ، فوجب أرشه كسائر ما هذا حاله . وإن اختار الدية فله نصفها ، لأن قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية ، فادونه أولى .

الثالثة : قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع لأنه مفصل ، وليس له قطع الأصابع ، لأنه غير محل الجناية ، فلا يستوفى منه مع إمكان الاستيفاء من محلها .

الرابعة : قطع من نصف الذراع ، فليس له أن يقطع من ذلك الموضع ، لأنه ليس بمفصل . وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه فله نصف الدية وحكومة في المقطوع من الذراع ، وهل له أن يقطع من الكوع ؟ فيه وجهان كما ذكرنا . فيمن قطع من نصف الكف ومن جوز له القطع من الكوع فمنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان ، ويخرج أيضاً في جواز قطع الأصابع وجهان ، فإن قطع منها لم يكن له حكومة في الكف ، لأنه أمكنه أخذه قصاصاً ، فلم يكن له طلب أرشه ، كما لو كانت الجناية من الكوع .

الخامسة : قطع من المرفق ، فله القصاص منه ، لأنه مفصل ، وليس له القطع من الكوع ، لأنه أمكنه استيفاء حقه بكاله ، والاقتصار من محل الجناية عليه ، فلم يجز له المدول إلى غيره ، وإن عفا إلى الدية فله دية اليد وحكومة للمساعد .

السادسة : قطعها من العضد ، فلا قصاص فيها في أحد الوجهين ، وله دية اليد وحكومة للمساعد ، وبعض العضد والثاني له القصاص من المرفق ، وهل له حكومة في الزائد ؟ على وجهين ، وهل له القطع من الكوع ؟ يحتمل وجهين .

السابعة : قطع من المنكب ، فالواجب القصاص ، لأنه مفصل ، وإن اختار الدية فله دية اليد ، وحكومة لما زاد .

الثامنة : خلع عظم المنكب ، ويقال له مُشط الكف ، فيرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة فإن قالوا يمكن الاستيفاء من غير أن تصبح جائفة استوفى وإلا صار الأمر إلى الدية ، وفي جواز الاستيفاء من المرفق أو مادونه مثل ما ذكرنا في نظائره ، ومثل هذه المسائل في الرجل ، والساق كالذراع ، والفخذ كالعضد ، والورك كعظم الكتف ، والقدم كالكف .

٦٧٠٠

مسألة

قال ﴿ وليس في المأمومة ولا في الجائفة قصاص ﴾ .

المأمومة شجاج الرأس . وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ ، وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ ، لأنها تجمعها ، فالشجة الواصلة إليها تسمى : مأمومة ، وآمة ، لوصولها إلى أم الدماغ ، والجائفة في البدن ، وهي التي تصل إلى الجوف ، وليس فيها قصاص عند أحد من أهل العلم نعلمه إلا ما روى عن ابن الزبير أنه قص من المأمومة فأسكر الناس عليه وقالوا ماسمعا أحداً قص منها قبل ابن الزبير ، ومن لم يرف ذلك قصاصاً مالك والشافعي وأصحاب الرأي وروى عن علي رضي الله عنه لا قصاص في المأمومة وقاله مكحول والزهرى والشمسي ، وقال عطاء والنخعي لا قصاص في الجائفة .

وروى ابن ماجه في سننه عن العباس بن عبد المطلب ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَا قَوْدَ فِي الْمَأْمُومَةِ . وَلَا فِي الْجَائِفَةِ ، وَلَا الْمُنْقَلَةِ » ^(١) ، ولأنهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام .

فصل

٦٧٠١

وليس في شيء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة وسواء في ذلك مادون الموضحة كالخارصة والبالزة والباضعة والمتلاحة والسمحاق وما فوقها ، وهي الهاشمة والمنقلة والآمة وبهذا قال الشافعي . فأما ما فوق الموضحة فلا نعلم أحداً أوجب فيها القصاص ، إلا ما روى عن ابن الزبير : أنه أفاد من المنقلة ، وليس بثابت عنه ، ومن قال به عطاء ، وقادة ، وابن شبرمة ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خاف ذلك : ولأنهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما ، أشبه المأمومة والجائفة : وأما مادون الموضحة . فقد روى عن مالك ، وأصحاب الرأي : أن القصاص يجب في الدامية ، والباضعة ، والسمحاق .

ولنا : أنها جراحة لا تنتهي إلى عظم ، فلم يجب فيها قصاص كالأمومة ، ولأنه لا يؤمن فيها الزيادة ، فأشبهه كسر العظام . وبيان ذلك : أنه إن اقتصر من غير تقدير أفضى إلى أن يأخذ أكثر من حقه ، وإن اعتبر مقدار العمق أفضى إلى أن يقتصر من الباضعة والسمحاق موضحة ، ومن الباضعة سمحاقاً ، لأنه قد يكون لحم المشجوج كثيراً ، بحيث يكون عمق باضعته كموضحة الشاج ، أو سمحاقه ، ولأننا لم نعتبر في الموضحة قدر عمقها فكذلك في غيرها وبهذا قال الحسن وأبو عبيد .

(١) أخرجه ابن ماجه ج ٢ ص ١٤١ (والمنقلة) التي تنقل العظم وإما انتفى القصاص لعسر ضبطه .

٦٧٠٢

فصل

وإن كانت الشجة فوق الموضحة فأحب أن يقتصر موضحة جاز ذلك بغير خلاف بين أصحابنا وهو مذهب الشافعى ، لأنه يقتصر على بعض حقه ، ويقتصر من محل جنابته فإنه إنما يضع السكين فى موضع وضعها الجانى لأن سكين الجانى وصلت إلى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد ، فإنه لم يضع سكينه فى السكوع ، وهل له أرش مازاد على الموضحة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس له ذلك وهو اختيار أبى بكر ، لأنه جرح واحد ، فلا يجمع فيه بين قصاص ودية ، كما لو قطع الشلاء بالصحيحة ، وكافى الأنفس إذا قتل المسلم بالكافر ، واليه بالحر .

والثانى : له أرش مازاد على الموضحة ، اختاره ابن حامد ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه تهذير الفصاص فيه ، فانتقل إلى البذل ، كما لو قطع أصبعيه ، ولم يمكن الاستيفاء لإلأمن واحدة ، وفارق الشلاء بالصحيحة ، لأن الزيادة ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسائلنا .

٦٧٠٣

مسألة

قال : ﴿ وتقطع الأذن بالأذن ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن الأذن تؤخذ بالأذن وذلك لقول الله تعالى : « وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ » ^(١) ولأنها تنتهى إلى حد فاصل ، فأشبهت اليد ، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة ، وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع ، وتؤخذ أذن الأصم بكل واحدة منهما لتساويهما ، فإن ذهب السمع نقص فى الرأس ، لأنه محله ، وليس بنقص فيهما . وتؤخذ الصحيحة بالثقبوبة ، لأن الثقب ليس بميب ، وإنما يفعل فى المادة للقرط والتزين به ، فإن كان الثقب فى غير محله ، أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ، ولم تؤخذ الصحيحة بها ، لأن الثقب إذا انحزم صار نقصاً فيها ، والثقب فى غير محله ميب ، ويخير الجنى عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص ^(٢) وبين أن يقتصر فيما سوى الميب ويتركه من أذن الجانى ، وفى وجوب الحكومة له فى قدر الثقب وجهان . وإن قطعت بعض أذنه فله أن يقتصر من أذن الجانى ، وتقدير ذلك بالأجزاء ، فيؤخذ النصف بالنصف والثالث بالثالث ، وعلى حساب ذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يجزئ القصاص فى البعض ، لأنه لا ينتهى إلى حد .

ولنا : أنه يمكن تقدير المقطوع ، وليس فيها كسر عظم فجزى القصاص فى بعضها كالكسر وهذا ينتقض ما ذكره .

فصل

٦٧٠٤

وتؤخذ الأذن المستعشفة بالصحيحة وهل تؤخذ الصحيحة بها ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا تؤخذ بها لأنها ناقصة معيبة ، فلم تؤخذ بها الصحيحة كاليد الشلاء وسائر الأعضاء . والثاني : تؤخذ بها لأن المقصود منها جمع الصوت ، وحفظ محل السمع والجمال ، وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء .

فصل

٦٧٠٥

وإن قطع أذنه فأبانتها ، فالصقها صاحبها فالتصقت وثبتت ، فقال القاضي : يجب القصاص ، وهو قول الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، لأنه وجب بالإبانة^(١) وقد وجدت الإبانة ، وقال أبو بكر لا قصاص فيها وهو قول مالك لأنها لم تبين^(٢) على الدوام فلم يستحق إبانة أذن الجاني دواما ، وإن سقطت بعد ذلك قريباً أو بعيداً فله القصاص ، ويرد ما أخذ ، وعلى قول أبي بكر إذا لم تسقط له دية الأذن . وهو قول أصحاب الرأي ، وكذلك قول الأولين إذا اختار الدية ، وقال مالك ، لا عقل لها إذا عادت مكانها ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ، ولا قصاص فيه . وإن قطع أذن إنسان فاستوفى منه ، فالصق الجاني أذنه فالتصقت ، وطلب المجنى عليه إبانتها لم يكن له ذلك ، لأن الإبانة قد حصت ، والقصاص قد استوفى ، فلم يبق له قبلة حق ، فأما إن كان المجنى عليه لم يقطع جميع الأذن لمعاً قطع بعضها فالتصق كان للمجنى عليه قطع جميعها ، لأنه استحق إبانة جميعها ، ولم يكن أبانته^(٣) ، والحكم في السن كالحكم في الأذن .

فصل

٦٧٠٦

ومن ألصق أذنه بعد إبانتها أو سِنَّهُ فهل تلزمه إبانتها ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الأدعي ، هل هو نجس أو طاهر ؟ إن قلنا : هو نجس لزمته إبانتها ما لم يخف الضرر بإزالتها ، كما لو جبر عظمه بمظلم نجس ، وإن قلنا بطهارتها لم تلزمه إزالتها ، وهذا اختيار أبي بكر ، وقول عطاء بن أبي رباح ، وعطاء الخراساني ، وهو الصحيح ، لأنه جزء آدمي طاهر في حياته وموته ، فكان طاهراً بحالة اتصاله ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق لم تلزمه إبانتها ، لأنها طاهرة على الروايتين جميعاً ، لأنها لم تصر ميتة لعدم إبانتها ، ولا قصاص فيها . قاله القاضي ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه لا يمكن المائلة في المقطوع منها .

(١) في المطبوعة : بالأنه . تحريف . (٢) في المطبوعة : لم تبين . خطأ .

(٣) في المطبوعة : ولم يكن إبانته خطأ .

٦٧٠٧

مسألة

وقال : ﴿ والأنف بالأنف ﴾ .

وأجمعوا على جريان القصاص في الأنف أيضاً للآية والمعنى ، ويؤخذ الكبير بالصغير ، والأقنى بالأفطس ، وأنف الأثم بأنف الأخشم ، الذي لا يشم ، لأن ذلك لعله في الدماغ والأنف صحيح ، كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وإن كان بأنفه جذام أخذ به الأنف الصحيح ما لم يسقط منه شيء ، لأن ذلك مرض ، فإن سقط منه شيء لم يقطع به الصحيح ، إلا أن يكون من أحد جانبيه ، فيأخذ من الصحيح مثل ما في منه ، أو يأخذ أرش ذلك . والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن ، وهو ما لان منه دون قصبة الأنف ، لأن ذلك حد ينتهي إليه ، فهو كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع ، وإن قطع الأنف كله مع القصبة فعليه القصاص في المارن وحكومة للقصبة ، هذا قول ابن حامد ، ومذهب الشافعي ، وفيه وجه آخر : أنه لا يجب مع القصاص حكومة ، كيلا يجتمع في عضو واحد قصاص ودية ، وقياس قول أبي بكر أنه لا يجب القصاص ههنا ، لأنه يضع الحديد في غير الموضع الذي وضعا الجاني فيه ، فلم يملك ذلك ، كقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف .

وذكر القاضي ههنا كقول أبي بكر ، وفي نظائره مثل قول ابن حامد ، ولا يصح التفريق مع التساوي وإن قطع بعض الأنف ، قدر بالأجزاء وأخذ منه بقدر ذلك كقولنا في الأذن ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضى إلى قطع جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف الجاني عليه لكبره ويؤخذ المنخر الأيمن بالأيمن ، والأيسر بالأيسر ، ولا يؤخذ أيمن بأيسر ، ولا أيسر بأيمن ، ويؤخذ الحاجز بالحاجز ، لأنه يمكن القصاص فيه لانتهاه إلى حد .

٦٧٠٨

مسألة

قال : ﴿ والذكر بالذكر ﴾ .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن القصاص يجري في الذكر لقوله تعالى : « وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ » ^(١) ولأن له حداً ينتهي إليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالأنف ، ويستوى في ذلك ذكر الصغير والكبير ، والشبيخ والشاب ، والذكر الكبير والصغير ، والصحيح والمريض ، لأن ماوجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعاني ، كذلك الذكر . ويؤخذ كل واحد من الجنون والأغلب بصاحبه ، لأن القلفة زيادة تستحق إزالتها ، فهي كالمدومة .

وأما ذكر الخصى والعنين فذكر الشريف أن غيرهما لا يؤخذ بهما ، وهو قول مالك لأنه لا منفعة فيهما ، لأن العنين لا يوطأ ولا ينزل ، والخصى لا يولد له ولا ينزل ، ولا يسكاد يقدر على الوطء ، فمما كالأشل ، ولأن كل واحد منهما ناقص ، فلا يؤخذ به السكامل ، كاليد الناقصة بالسكاملة . وقال أبو الخطاب : يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين ، وهو مذهب الشافعي ، لأنهما عضوان صحيحان يفتقضان وينبسطان ، فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين ، وإنما عدم الإنزال لذهاب الخصية ، والعنة لعل في الظاهر ، فلم يمنع ذلك من القصاص بهما ، كأذن الأسم وأنف الأخشم . وقال القاضي : لا يؤخذ ذكر الفحل بالخصى ، لتحقيق نقصه والإياس من برئه ، وفي أخذه بذكر العنين وجهان :

أحدهما : يؤخذ به غيره ، لأنه غير مأبوس^(١) من زوال عنته ، ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخصى ، والصحيح الأول ، فإذا ترددت الحال بين كونه مساوياً للآخر وعدمه لم يجب القصاص ، لأن الأصل عدمه ، فلا يجب بالشك ، سيما وقد حكمنا بإنتفاء التساوي ، لقيام الدليل على عنته ، وثبوت عيبه ، ويؤخذ كل واحد من الخصى والعنين بمثله اتساويهما ، كما يؤخذ العبد بالعبد والذي بالذي .

فصل

٦٧٠٩

ويؤخذ بمضه ببعضه ، ويعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة ، فيؤخذ المصنف بالمصنف ، والرابع بالرابع ، وما زاد أو نقص فبحسب ذلك على ما ذكرناه في الأنف والأذن .

مسألة

٦٧١٠

قال : ﴿ والأنتيان بالأنثيين ﴾ .

ويجوز القصاص في الأنثيين لما ذكرنا من النص والمعنى ، لأنهم لم فيه خلافاً فإن قطع إحداهما ، وقال أهل الخبرة : إنه ممكن^(٢) أخذها مع سلامة الأخرى جاز ، فإن قالوا : لا يؤمن تلف الأخرى لم تؤخذ ، خشية الحيف ، ويكون فيها نصف الدية ، وإن أمن تلف الأخرى أخذت البيني باليني ، واليسرى باليسرى ، لما ذكرناه في غيرهما .

فصل

٦٧١١

وفي القصاص في شقري المرأة وجهان :

(٢) في ١٩ : يمكن قطعها .

(١) في ١٨ : ميتوس .

أحدهما : لا قصاص فيهما لأنه لحم لا مفصل له ينتهي إليه ، فلم يجب فيه قصاص كلحم الفخذين ، هذا قول القاضى .

والثانى : فيهما القصاص ، لأن انتهاءهما معروف ، فأشبهها الشفتين ، وجفنى العين وهذا قول أبى الخطاب : ولأصحاب الشافعى وجهان^(١) كهذين .

فصل

٦٧١٢

وإن قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييه أو شفرية فاقتار القصاص لم يكن له قصاص في الحال وبقف الأمر حتى يتبين حاله لأننا لانعلم أن المقطوع عضو أصلى . وإن اختار الدية وكان يرجى انكشاف حاله أعطيه اليقين ، فيكون له حكومة في المقطوع ، وإن كان قد قطع جميعها فله دية امرأة في الشفرين وحكومة في الذكر والأنثيين ، وإن يئس من انكشاف حاله أعطى نصف دية الذكر ، والأنثيين ، ونصف دية الشفرين ، وحكومة في نصف ذلك كله .

فصل

٦٧١٣

يجب القصاص في الأيتين للذاتين بين الفخذين والظهر بجائبي الدبر ، هذا ظاهر مذهب الشافعى . وقال المزنى : لا قصاص فيهما ، لأنهما لحم متصل بلحم فأشبهه لحم الفخذ .
ولنا قوله تعالى : « وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ »^(٢) ولأن لها حداً ينتهيان إليه ، فجرى القصاص فيهما كالذكر والأنثيين .

مسألة

٦٧١٤

قال : « وتقلع العين بالعين » .

أجمع أهل العلم على القصاص في العين ومن بلغنا قوله في ذلك مسروق والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهرى والنورى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الراى . وروى عن على رضى الله عنه والأصل فيه قول الله تعالى : « وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ »^(٣) ولأنها تنتهى إلى مفصل ، فجرى القصاص فيها كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الكبير المريضة وعين الصغير بعين الكبير والأعشى ولا تؤخذ صحيحة بقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه .

(١) فى ٣٩ : قولان .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٣) سورة المائدة آية ٤٥ .

٦٧١٥

فصل

فإن قلع عينه بأصبعه لم يحز أن يقتص بأصبعه ، لأنه لا يمكن المائلة فيه ، وإن لطمه فذهب ضوء عينه لم يحز أن يقتص منه باللاطمة ، لأن المائلة فيها غير ممكنة . ولهذا لو انفردت من إذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ، ويجب القصاص في البصر ، فيعالج بما يذهب ببصره من غير أن يقلع عينه ، كما روى يحيى بن جعدة أن أعرابياً قدم بحلوبة له إلى المدينة ، فساومه فيها مولى عثمان بن عفان رضى الله عنه ، ففازعه ، فلطمه ففقد عينه ، فقال له عثمان : هل لك أن أضعف لك الدية وتمفو عنه ؟ فأبى ، فرفعهما إلى على رضى الله عنه ، فدعا على امرأة فأحراها ، ثم وضع القطن على عينه الأخرى ، ثم أخذ المرأة بكفتين ، فأدناها من عينه حتى سأل إنسان عينه . وإن وضع فيها كاهوراً يذهب بضوئها من غير أن يحز على الخدقة جاز ، وإن لم يمكن إلا بالجناية على العضو سقط القصاص لتعذر المائلة .

وذكر القاضى أنه يقتص منه باللاطمة ، فيلطمه المجنى عليه مثل لطمته ، فإن ذهب ضوء عينه وإلا كان له أن يذهب بما ذكرنا ، وهذا مذهب الشافعى ، وهذا لا يصح فإن اللطمة لا يقتص منها منفردة فلا يقتص منها^(١) إذا سرت إلى العين كالشعبة إن كانت دون الموضحة ، ولأن اللطمة إذا لم تكن في العين لا يقتص منها بمثلها مع الأمن من إفساد العضو في العين فمع خوف ذلك أولى ، ولأنه قصاص فيما دون النفس فلم يحز بغير الآلة المعدة كاللوضحة . وقال القاضى : لا يجب القصاص إلا أن تكون اللطمة تذهب بذلك غالباً فإن كانت لا تذهب به غالباً فذهب فهو شبه عمد لا قصاص فيه ، وهو قول الشافعى ، لأنه فعل لا يفضى إلى الفوات غالباً فلم يجب به القصاص كشبه العمد في النفس . وقال أبو بكر : يجب القصاص بكل حال ، لمعوم قوله : « وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ »^(٢) ولأن اللطمة إذا أسالت إنسان العين كانت بمنزلة الجرح ، ولا يعتبر في الجرح الإفضاء إلى التلف غالباً .

فصل

٦٧١٦

فلو لطم عينه فذهب بعصرها وابيضت وشخصت . فإن أمكن معالجة عين الجانى حتى يذهب بعصرها وتبيض وتشتخص من غير جناية على الخدقة فعل ذلك : وإن لم يمكن إلا ذهاب بعض ذلك مثل أن يذهب البصر دون أن تبيض وتشتخص فعليه حكومة للذى لم يكن القصاص فيه ، كما لو جرح هاشمة ، فإنه يقتص موضحة ، ويأخذ أورش باقى جرحه ، وعلى قول أبى بكر : لا يستحق مع القصاص أورش . وقال القاضى : إذا اقتص منه لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ولم تبيض ولم تشتخص ، فإن أمكن

(١) : ٣٩ : لا يقتص بها في الفقرة السابقة كلها .

(٢) : سورة المائدة آية ٤٥ .

معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب الحدقة فعله ، وإن تمذر ذلك فلا شيء عليه ، كما لو اندملت موضحة الجنى عليه وحشة قبيحة ، وموضحة الجانى حسنة جميلة : لم يجب شيء ، كذلك همنا . وهذا بناء على أن اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة ، وقد بينا فساد هذا .

فصل

٦٧١٧

وإن شجعه شجرة دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته بغير خلاف لعلمه لأنها لا قصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين ، فكذلك إذا ذهب ، وبما ج ضوء العين بمثل ما ذكرنا في اللطمة وإن كانت الشجرة فوق الموضحة فله أن يقتص موضحة ، وهل له أرش الزيادة عليها ؟ فيه وجهان . وإن ذهب ضوء العين وإلا استعمل فيه ما يزيله من غير أن يحنى على الحدقة ، وإن شجعه موضحة فله أن يقتص منها ، وحكم القصاص في البصر على ما ذكرنا من قبل . واختلف أصحاب الشافعى في القصاص في البصر في هذه المواضع كلها ، فقال بعضهم : لا قصاص فيه ، لأنه لا يجب بالسراية كما لو قطع أصبعه فسرى القطع إلى التي تليها فأذهبها عندهم ، وقال بعضهم : يجب القصاص ههنا قولاً واحداً ، لأن ضوء العين لا يمكن مباشرة بالجناية فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر كما ذكرنا فيما قبل هذا .

فصل

٦٧١٨

إذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود ، وعليه دية كاملة ، روى ذلك عن عمر ، وعثمان رضى الله عنهما ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء . وقال الحسن والنفخى : إن شاء اقتص وأعطاه نصف دية . وقال مالك : إن شاء اقتص ، وإن شاء أخذ دية كاملة .

وقال مسروق ، والشعبي ، وابن سيرين ، وابن مقفل ، والثوري ، والشافعى ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر : له القصاص ، ولا شيء عليه ، وإن عفا فله نصف الدية ، لقول الله تعالى : «العين بالعين»^(١) وجعل النبي صلى الله عليه وسلم في العينين الدية ، ولأنها إحدى شيئين فيهما الدية فوجب القصاص بمن له واحدة أو نصف الدية كما لو قطع الأقطع يد من له يدان .

ولنا : قول عمر وعثمان رضى الله عنهما ، ولم نعرف لهما مخالفاً في عصرهما ولأنه لم يذهب بجميع بصره فلم يحز له الاقتصاص منه بجميع بصره كما لو كان ذا عينين . وأما إذا قطع يد الأقطع فلنا فيه منع ومع التسليم فالفرق بينهما أن يد الأقطع لا تقوم مقام اليدين في النفع الحاصل بهما ، بخلاف عين الأعور ، فإن النفع الحاصل بالعينين حاصل بها وكل حكم يتعلق بصحيح العينين يثبت في الأعور مثله . ولهذا صح عنه في السكرارة دون الأقطع . فأما وجوب الدية كاملة عليه وهو قول مالك فلا لأنه لما دفع عنه القصاص

مع إمكانه لفضيلته وضوعف الدية عليه كالمسلم إذا قتل ذمياً عمداً . ولو قلع الأعور إحدى عيني الصحيح خطأ لم يلزمه إلا نصف الدية بغير اختلاف لعدم المعنى المقتضى لتضعيف الدية .

٦٧١٩ فصل

ولو قلع الأعور عين مثله ففيه القصاص بغير خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين في كونها يميناً أو يساراً . وإن عفا إلى الدية فله جميعها وكذلك إن قلعها خطأ أو عفا بعض مستحق القصاص لأنه ذهب بجميع بصره فأشبهه مالم يقطع عيني صحيح .

٦٧٢٠ فصل

وإن قلع الأعور عيني صحيح فقال القاضي : هو بخير إن شاء اقتص ولا شيء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره فإن اختار الدية فله دية واحدة أقول النبي صلى الله عليه وسلم : « وفي العينين الدية »^(١) لأنه لم يمتد القصاص فلم تنضاعف الدية كالمقطع الأشل يد صحيح أو كان رأس الشاح أصغر أو يد المقاطع أقص . وقال القاضي : يقتضى الفقه أن يلزمه ديتان :

إحداها : للعين التي تقابل عينه .

والدية الثانية : لأجل العين الفائتة لأنها عين أعور والصحيح ما قلنا وهو قول أكثر أهل العلم وأشد موافقة للنصوص وأصح في المعنى .

٦٧٢١ فصل

وإن قلع صحيح للعينين عين أعور فله القصاص من مثلهما ، وبأخذ نصف الدية . نص عليه أحمد ، لأنه ذهب بجميع بصره ، وأذهب الضوء الذي بدله دية كاملة ، وقد تذر استيفاء جميع الضوء إذ لا يمكن أخذ عينين بعين واحدة ، ولا أخذ يمين ويسرى فوجب الرجوع ببطل نصف الضوء ويحتمل أنه ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية كالمقطع الأشل يداً صحيحة ولأن الزيادة هاهنا غير متميزة فلم يكن لها بدل كزيادة الصحيحة على الشلاء هذا مع عموم قوله تعالى : (والعين بالعين)^(٢) .

٦٧٢٢ فصل

وإن قطع الأقطع يد من له يدان فله القصاص . وإن قطعت رجل الأقطع أو يده فله القصاص أو نصف الدية لأن يد الأقطع لا تقوم مقام يديه في الانتفاع والبطش ، ولا يجزىء في العتق عن الكفارة

(١) أخرجه النسائي ج ٢ ص ٥٨ عن عمرو بن حزم (ف)

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

بخلاف عين الأعور ، فإنها تقوم مقام عينيه جميعاً . وقال القاضى : إن كانت المقطوعة أولاً قطعت ظلماً أو قصاصاً فى الباقية نصف الدية رواية واحدة وإن كانت الأولى قطعت فى سبيل الله فى الثانية روايتان :

إحداها : نصف الدية . والثانية دية كاملة لأنه عطل منافعه من المصوين جملة . وأما إن قطع الأقطع يد من ليس بأقطع فإن قلنا إن فى يد الأقطع دية كاملة فلا قصاص . وإن قلنا لا تكمل فيها الدية فالقصاص واجب فيها واللائق بالفقه ما ذكرناه أولاً والتعليل بتفويت منفعة المصوين ينتقض بما إذا قطعت الأولى قصاصاً ، والقياس على عين الأعور غير صحيح^(١) لما بينهما من الفرق . فأما إن قطعت أذن من قطعت إحدى أذنيه فليس له إلا نصف الدية رواية واحدة . وإن قطع هو أذن ذى أذنين وجب عليه القصاص بغير خلاف علمناه لافى المذهب ، ولا فى غيره لأن نفع كل أذن لا يتعلق بالأخرى .

فصل

٦٧٢٣

ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى : (وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ)^(١) ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهاؤه إلى مفصل وهذا مذهب الشافعى ، ويؤخذ جفن البصير بجفن البصير والضرب والضرب بكل واحد منهما لأيهما تساوى فى السلامة من الفقد . عدم البصير نقص فى غيره لأنه يمنع أخذ أحدهما بالآخر كالأذن إذا عدم السمع منها .

مسألة

٦٧٢٤

قال : (والسن بالسن)^(٢) .

أجمع أهل العلم على القصاص فى السن والآية وحديث الربيع ولأن القصاص فيها يمكن لأنها محدودة فى نفسها : فوجب فيها القصاص كالعين ، وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة ، وتؤخذ المكسورة بالصحيحة لأنه يأخذ ببعض حقه وهل يأخذ مع القصاص أرش الباقي ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى .

فصل

٦٧٢٥

ولا يقتص إلا من سن من أئفر أى سقطت رواقعه ثم نبتت ، يقال لمن سقطت رواقعه نقر فهو مثفور ، فإذا نبتت قيل أئفر وأئفر افتان ، وإن قلع سن من لم يشقر لم يقتص من الجانى فى الحال . وهذا قول مالك والشافعى ، وأصحاب الرأى لأنها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر ، ثم إن عاد بدل

(١) فى ٢٩ : لا يصح .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ ،

السن في محلها مثلها على صفحتها فلا شيء على الجاني ، كالمو قلع شعرة ثم نبتت ، وإن عادت مائلة عن محلها أو متغيره عن صفحتها كان عليه حكومة ، لأنها لو لم تعد ضمن السن . فإذا عادت ناقصة ضمن ما نقص منها بالحساب ففي ثلثها ثلث ديتهما ، وفي ربعها ربعها وعلى هذا .

وإن عادت والدم يسيل ففيها حكومة لأنه نقص حصل بفعله ، وإن مضى زمن عودها ، ولم تعد سبيل أهل العلم بالطب ، فإن قالوا قد ينس من عودها ، فالجنى عليه بالخيار بين القصاص أو دية السن ، فإن مات الجنى عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص لأن الاستحقاق له غير متحقق ، فيكون ذلك شبهة في درته ونجب الدية ، لأن القلع وجود المود مشكوك فيه .

ويحتمل أنه إذا مات قبل مجيء وقت عودها أن لا يجب شيء ، لأن العادة عودها ، فأشبهه مالو حلق شعره فمات قبل نباته ، فأما إن قلع سن من قد أنقر وجب القصاص له في الحال ، لأن الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وقال القاضي : يسأل أهل الخبرة ، فإن قالوا لا تعود فله القصاص في الحال ، وإن قالوا يرجع عودها إلى وقت ذكره لم يقتصر حتى يأتي ذلك الوقت ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، لأنها تحتمل العود ، فأشبهت سن من لم ينمو .

وإذا ثبت هذا : فإنها إن لم تعد بعد فلا كلام ، وإن عادت لم يجب قصاص ولا دية . وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يسقط الأرش ، لأن هذه السن لا تستخلف عادة فإذا عادت كانت هبة محددة ، ولذلك لا ينتظر عودها في الضمان .

ولنا : أنها سن عادت فسقط الأرش كسن من لم ينمو ونذرة وجودها لا يمنع ثبوت حكمها إذا وجدت فعلى هذا إن كان أخذ الأرش رده . وإن كان استوفى القصاص لم يحز قلع هذه قصاصاً ، لأنه لم يقصد العدوان . وإن عادت سن الجاني دون سن الجنى عليه ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقطع لثلا يأخذ سنين بسن واحدة ، وإنما قال الله تعالى : (وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ)^(١) .

والثاني : تعلق وإن عادت مرار لأنه قلع سنه وأعدمها فكان له إعدام سنه ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

فصل

٦٧٢٦

وإن قلع سنّاً فاقص منه ثم عادت سن الجنى عليه فقلعها الجاني ثانياً فلا شيء عليه ، لأن سن الجنى عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنه ، فلما قلعها وجب على الجاني ديتهما للجنى عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان .

٦٧٢٧

مسألة

قال : (وإن كسر بعضها بُردَ من سنِّ الجاني مثله) .

وجملته : أن القصاص جارٍ في بعض السن ، لأن الرُّبْعَ كسرت سن جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص ، ولأن ما جرى القصاص في جملة جري في بعضه إذا أمكن كالأذن ، فيقدر ذلك بالأجزاء فيؤخذ النصف بالنصف ، والثالث بالتالث ، وكل جزء بمثله ، ولا يؤخذ ذلك بالمساحة كيلا يفضى إلى أخذ جميع سن الجاني ببعض سن المجنى عليه ، ويكون القصاص بالمبرد يؤمن أخذ الزيادة فإننا لو أخذناها بالكسر لم نأمن أن تصدع أو تنقلع أو تنكسر من غير موضع القصاص ، ولا يقتص حتى يقول أهل الخبرة إنه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها ، لأن توهم الزيادة يمنع القصاص في الأعضاء كالأذن قطعت يده من غير مفصل ، فإن قيل فقد أجزتم القصاص في الأطراف مع توهم سرايتها إلى النفس ، فلم منعتم منه لتوهم السراية إلى بعض العضو ؟ قلنا : وهم السراية إلى النفس لا سبيل إلى التجرز منه ، فلو اعتبرناه في المنع اسقط القصاص في الأطراف بالسكاية فسقط اعتباره .

أما السراية إلى بعض العضو فتارة نقول إنما منع القصاص فيها احتمال الزيادة في الفعل لافي السراية مثل من يستوفى بعض الذراع ، فإنه يحتمل أن يفعل أكثر مما فعل به ، وكذلك من كسر سناً ، ولم يصدعها فكسر المستوفى سنه وصدعها ، أو قلعها ، أو كسر أكثر مما كسر ، فقد زاد على المثل ، والقصاص يعتمد المائلة ، وتارة نقول إن السراية في بعض العضو إنما منع إذا كانت ظاهرة ، ومثل هذا يمنع في النفس ، ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كآلة أو مسمومة ، وفي وقت إفراط الحرارة أو البرودة تحرراً من السراية .

٦٧٢٨

فصل

ومن قاع سنّاً زائدة ، وهي التي تنبت فضلة في غير سمت الأسنان خارجة عنها إما إلى داخل الفم ، وإما إلى الشفة ، وكانت للجاني مثلها في موضعها فلا مجنى عليه القصاص أو أخذ حكومة في سنه ، وإن لم يكن له مثلها في محلها^(١) فليس للمجنى عليه إلا الحكومة ، وإن كانت إحدى الزائدين أكبر من الأخرى ففيه وجهان :

أحدهما : لا تؤخذ الكبرى بالصغرى لأن الحكومة فيها أكبر فلا يقطع بها ما هو أقل قيمة منها .
والثاني : تؤخذ بها ، لأهمها سننان متساويان في الموضع ، فتؤخذ كل واحدة منهما بالأخرى

كالأصليتين ، ولأن قول الله تعالى : (وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ)^(١) عام فيدخل فيه محل النزاع . وإن قلنا يثبت القياس في الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص ، واختلاف القيمة لا يمنع القصاص بدليل جريانه بين العبيد وبين الذكر والأنثى في النفس والأطراف ، على أن كبر السن لا يوجب كثرة قيمتها ، فإن السن الزائدة نقص وعيب وكثرة العيب زيادة في النقص لافي القيمة ، ولأن كبر السن الأصلية يزيد قيمتها فالزائدة كذلك .

فصل

٦٧٢٩

ويؤخذ اللسان باللسان ، لقوله تعالى : « وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ »^(٢) ولأن له حداً ينتهي إليه فاقص منه كامين ولا تعلم في هذا خلافاً ، ولا يؤخذ لسان ناطق باللسان أخرس ، لأنه أفضل منه ، ويؤخذ الأخرس بالناطق ، لأنه بعض حقه ، ويؤخذ بعض اللسان ببعض ، لأنه أمسكن القصاص في جميعه ، فأمكن في بعضه كالسن ويقدر ذلك بالأجزاء ، ويؤخذ منه بالحساب .

فصل

٦٧٣٠

وتؤخذ الشفة بالشفة وهي ما جاوز الذقن واليدين علواً وسفلاً لقول الله تعالى : « وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ »^(٣) ولأن له حداً ينتهي إليه يمكن القصاص منه ، فوجب كاليدين .

مسألة

٦٧٣١

قال : (ولا تؤخذ يمين بيسار ، ولا يسار بيمين) .
هذا قول أكثر أهل العلم . منهم مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وحكى عن ابن سيرين ، وشريك : أن إحداهما تؤخذ بالأخرى ، لأنهما يستويان في الخلقة والمنفعة .
ولنا : أن كل واحدة منهما تختص باسم ، فلا تؤخذ إحداها بالأخرى كاليد مع الرجل . فعلى هذا كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدين والرجلين والأذنين والمفخرين والتديين والأليتين والأنثيين لا تؤخذ إحداها بالأخرى .

فصل

٦٧٣٢

وما انقسم إلى أعلى وأسفل كالجنفين والشفقين لا يؤخذ الأهل والأسفل ، ولا الأسفل بالأعلى .

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

لما ذكرنا ، ولا تؤخذ أصبع بأصبع إلا أن يتفقا في الإسم والموضع ، ولا تؤخذ أئمة بأئمة إلا أن يتفقا في ذلك ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى ، والوسطى والسفلى لا تؤخذان بغيرهما ، ولا تؤخذ السن بالسن إلا أن يتفق موضعهما واسمهما ، ولا تؤخذ أصبع ولا سن أصلية بزائدة ، ولا زائدة بأصلية ، ولا زائدة زائدة في غير محلها لما ذكرناه .

فصل

٦٧٣٣

وما لا يجوز أخذه قصاصاً لا يجوز بتراضيها [واتفاقهما]^(١) عليه . لأن الدماء لا تسقح بالاستباحة والبهل ، ولذلك لو بذلها له ابتداء لا يحل أخذها ، ولا يحل لأحد قتل نفسه ، ولا قطع طرفه ، فلا يحل لغيره ببذله ، فلو تراضيا على قطع إحدى اليدين بدلا عن الأخرى فقطعها المقتص سقط القود ، لأن القود سقط في الأولى بإسقاط صاحبها ، وفي الثانية بإذن صاحبها في قطعها ، ودياتها متساوية ، وهذا قول أبي بكر ، ولذلك قال : لو قطع المقتص اليد الأخرى عدواناً اسقط القصاص ، لأنها تساويا في الألم والدية والإسم ، فتقاصا وتساقطا ، ولأن إيجاب القصاص يفضى إلى قطع يدي كل واحد منهما ، وإذهاب منفعة الجنس وإلحاق الضرر العظيم بهما جميعاً ، ولا تفريع على هذا القول لوضوحه ، وكل واحد من القطعين مضمون بسرايقته ، لأنه عدوان .

وقال ابن حامد : إن كان أخذها عدواناً فلا بكل واحد منهما القصاص على صاحبه ، وإن أخذها بتراضيها فلا قصاص في الثانية إلا برضا صاحبها ببذلها وإذنه في قطعها ، وفي وجوبه في الأولى وجهان : أحدهما : يسقط لما ذكرنا .

والثاني : لا يسقط ، لأنه رضى بتركه بعوض لم يثبت ، فكان له الرجوع إلى حقه كما لو باعه سامة وأقبضه^(٢) إياه ، فعلى هذا له القصاص إلا أنه لا يقتص إلا بعد اندمال الأخرى ، وللجاني دية ، فإذا وجب للمجنى عليه دية يده وكانت اليدين واحدة تقاصا ، وإن كانت إحداهما أكبر من الأخرى كالرجل مع المرأة وجب القصاص لصاحبه .

فصل

٦٧٣٤

وإذا قال المقتص للجاني : أخرج يمينك لأقطعها فأخرج يساره فقطعها فعلى قول أبي بكر يجزىء ذلك ، سواء قطعها عالماً بها أو غير عالم ، وعلى قول ابن حامد إن أخرجها عالماً بأنها يساره وأنها لا تجزىء فلا ضمان على قاطعها ولا قود ، لأنه بذلها بإخراجها لها ، لا على سبيل العوض ، وقد يقوم الفعل

(١) ساقطة من ١٨ .

(٢) في المطبوعة : وقبضه إياه وما في ١٨ أوضح .

في ذلك مقام النطق ، بدليل أنه لا فرق بين قوله : خذ هذا [فهو لك]^(١) ، وبين استدعاء ذلك منه فيعطيه إياه ، ويفارق هذا ما لو قطع يد إنسان وهو ساكت لأنه لم يوجد منه البذل وينظر في المقتص ، فإن فعل ذلك عالماً بالحال عزز^(٢) لأنه ممنوع منه لحق الله تعالى ، وهل يسقط القصاص في اليمين ؟ على وجهين .

أحدهما : يسقط لأن قاطع اليسار تمدى بقطعهما ، ولأنه قطع إحدى يديه فلم يملك قطع اليد الأخرى ، كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فإنه لا يملك قطع يمينه .

والوجه الثاني : أنه لا يسقط ، وهو مذهب الشافعي ، وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الحد مبني على الإسقاط بخلاف القصاص . والثاني : أن اليسار لا تقطع في السرقة وإن عذمت يمينه ، لأنه يفوت منفعة الجذبي في الحد ، بخلاف القصاص . والثالث : أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع في السرقة ، فجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص فإنه لا يسقط وينتقل إلى البديل لـكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره لثلا يؤدي إلى ذهاب نفسه .

فإن قيل : أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر ؟ قلنا : الفرق بينهما أن القطمين مستحقان قصاصاً ، فلمذا جمعنا بينهما وفي مسألتنا أحدهما غير مستحق ، فلم نجمع بينهما ، فإذا اندملت اليسار قطعنا اليمين ، فإن سرى قطع اليسار إلى نفسه كانت هدرأ ، ويجب في تركته ، دية اليمين ، لتمذر الاستيفاء فيها بموته ، وإن قال المقتص منه ، لم أعلم أنها اليسار ، أو ظننت أنها تجزىء عن اليمين ، نظرت في المستوفى ، فإن علم أنها يساره وأنها لا تكون قصاصاً ضمنها بديتها ويعزر وقال بعض الشافعية عليه القصاص لأنه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها .

ولغا : أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم بأذنها وإن كان جاهلاً فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لأنه بذلها على وجه البذل فكانت مضمونة عليه ولأنها مضمونة لو كان القاطع عالماً بها وما وجب ضمانه في العمد وجب في الخطأ كاتلاف المال ، والقصاص باق له في اليمين ولا تقطع حتى تندمل اليسار فإذا اندملت فله قطع اليمين فإن عفا وجب بذلها ويتقاصان وإن سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بالدية الكاملة وقد تعذر قطع اليمين ووجب له نصف الدية فيتعاصان به ، ويبقى نصف

(١) في المطبوعة : خذ هذا فكله وأثبتنا ما في ١٨ لأنه أوضح وفي ٢٩ : سقطت هذه وتلك .

(٢) في نسخ المغني (عذر) والصواب (عزز) بالزاي لا بالذال كما في الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٦ .

(٤٣ - المغني - ٨)

الدية لورثة الجاني ، وإن اختلفا في بذلها فقال الجاني : إنما بذلتها بدلا عن اليمين ، وقال المجنى عليه : بذلتها في غير عوض ، أو قال : أخرجتها دهشة . فقال : بل عالمًا . قال قول قول الجاني ، لأنه أعلم بنيته ، ولأن الظاهر أن الإنسان لا يبذل طرفه للقطع تبرعاً مع أن عليه قطعاً مستحقاً ، وهذا مذهب الشافعي ، وإن كان باذل اليسار مجنوناً مثل أن يحن بعد وجوب القصاص عليه ، فعلى قاطعها ضمانها بالقصاص إن كان عالمًا ، وبالدية إن كان مخطئاً لأن بذل المجنون ليس بشبهة . وإن كان من له القصاص مجنوناً ومن عليه القصاص عاقلاً فأخرج إليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدرًا ، لأنه لا يصح منه الاستيفاء ، ولا يجوز البذل له ، ولا ضمان عليه ، لأنه أتلفها ببذل صاحبها ، لكن إن كان المقطوع اليمى فقد تضرر استيفاء القصاص فيها لتلفها ، فيكون المجنون ديتها ، وإن وثب المجنون عليه فقطع يده التي لا قصاص فيها فعلى عاقلة ديتها ، وله القصاص في الأخرى ، وإن قطع الأخرى فهو مستوف حقه في أحد الوجهين ، لأن حقه متمين فيها ، فإذا أخذها قهراً سقط حقه ، كما لو أتلف وديته . والثاني : لا يسقط حقه وله عقل يده ، وعقل يد الجاني على عاقلة ، لأن المجنون لا يصح منه الاستيفاء .

وفارق الوديعة إذا أتلفها ، لأنها تلفت بغير تفريط ، وليس لها بدل إذا تلفت بذلك ، والبدل بخلافه ، فإنها لو تلفت بعير تفريط كانت عليه ديتها ، وكذلك الصغير ، وكذلك الحكم فيهما . إذا قتل قاتل أبيهما عمدًا ، وإن اقتصا من الجاني مالا تحمله عاقلة كما دون الثالث كقطع أصبع ونحوها سقط حقهما ، لأن ذلك يقتضى الدية في ذمتها ولها في ذمة الجاني مثل ذلك فيقتصسان ، وإن كانت ديتهم مختلفة كالسلم والذمي والرجل والمرأة فإن قلنا لا يكونان مستوفيين لحقهما بالقطع لم يبق لهما حق ، كما لو أتلفا وديتهما ، وإن قلنا لا يكونان مستوفيين بقاص من الديتين بقدر الأدنى منهما ووجب الفضل للصبي والمجنون وإن كانت الجناية عليهما أو على وإيهما خطأ تحمله العاقلة فاستوفيا القصاص لم يسقط حقهما وجهاً واحداً ، وكانت دية من استوفيا منه على عاقلة مؤجلة ودية الجناية عليهما أو على وإيهما على عاقلة الجاني مؤجلة .

فصل

٦٧٣٥

وسراية القود غير مضمونة . ومعناه أنه إذا قطع طرفاً يجب القود فيه ، فاستوفى منه المجنى عليه ثم مات الجاني بسراية الاستيفاء لم يلزم المستوفى شيء ، وبهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وابن المنذر . وروى ذلك عن أبي بكر ، وعمر ، وهى رضى الله عنهم . وقال عطاء ، وطاوس ، وعمر بن دينار ، والحارث العسكى ، والشعبي ، والنخعي ، والزهرى ، وأبو حنيفة : عليه للضمان . قال أبو حنيفة : عليه كمال الدية في ماله . وقال غيره : هى على

عاقلته ، لأنه فوت نفسه ، ولا يستحق إلا طرفه ، فلزمته ديقته كما لو ضرب عنقه ، ولأنها سرابة قطع مضمون ، فكانت مضمونة كسرابة الجناية . والدليل على أنه مضمون : أنه مضمون بالقطع الأول ، لأنه في مقابله .

ولنا : أن عمر وعلياً رضي الله عنهما قالا : « من مات من حد أو قصاص لادية له ، الحق قتله » رواه سعيد بمذهبه . ولأنه قطع مستحق مقدر ، فلا تضمن سرايقه كقطع السارق . وفارق ما قاسوا عليه ، فإنه ليس ما فعله مستحقاً .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين سرايقته إلى النفس ، بأن يموت منها أو إلى مادونها ، مثل أن يقطع أصبعها فتسرى إلى كفه .

فصل

٦٧٣٦

وسرابة الجناية مضمونة بلا خلاف ، لأنها أثر الجناية ، والجناية مضمونة ، فكذلك أثرها . ثم إن سرت إلى النفس وما لا يمكن مباشرته بالإتلاف مثل أن يهشمه في رأسه فيذهب ضوؤه عينيه ، وجب القصاص فيه ، ولا خلاف في ذلك في النفس . وفي ضوء العين خلاف قد ذكرناه فيما تقدم . وإن سرت إلى ما يمكن مباشرته بالإتلاف مثل أن قطع أصبعها فتآكلت أخرى وسقطت من مفصل ففيه القصاص أيضاً في قول إمامنا ، وأبي حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وقال أكثر الفقهاء : لا قصاص في الثانية ، وتجب ديتها ، لأن ما يمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية ، كما لو رمى سهماً ففرق منه إلى آخر .

ولنا أن ماوجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس وضوء العين ، ولأنه أحد نوعي القصاص ، فأشبهه ما ذكرنا وفارق ما ذكره ، فإن ذلك فعل وليس بسراية ، ولأنه لو قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب للقصاص ، ولو قصد قطع إبهامه فقطع سبابة وجب القصاص ، ولو ضرب إبهامه ففرق إلى سبابة وجب القصاص فيهما ، فافترقا . ولأن الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فيها كما لو رمى إحداها ففرق إلى الأخرى .

فأما إن قطع أصبعاً فشلت إلى جانبها أخرى وجب القصاص في المقطوعة حسب ، والأرض في الشلاء . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قصاص فيهما ، ويجب أرشهما جميعاً ، لأن حكم السراية لا ينفرد عن الجناية ، بدليل ما لو سرب إلى النفس ، فإذا لم يجب القصاص في إحداها لم يجب في الأخرى :

ولنا : أنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر ، فأوجبته إذا سرت كالتي تسرى إلى سقوط أخرى ، وكالو قطع يد حبلى فسرى إلى جنينها ، وبهذا يبطل ما ذكره ، وفارق الأصل ، لأن السراية مقتضية للقصاص ، كافتضاء الفعل له فاستوى حكمهما ، وهاهنا بخلافه ، ولأن ما ذكره غير صحيح ، فإن القطع إذا سرى إلى النفس سقط القصاص في القطع ، ووجب في النفس ، يخالف حكم الجناية حكم السراية ، فسقط ما قاله .

إذا ثبت هذا فإن الأرض يجب في ماله ، ولا تحمله العاقلة ، لأنه جناية عمد ، وإنما لم يجب القصاص فيه لعدم المائلة في القطع والشلل ، فإذا قطع أصبعه فشتت أصابعه الباقية وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية ، وإن اقتص من الأصبع فله في الأصابع الباقية أربعون من الإبل ، ويتبعها ما حاذها من الكف وهو أربعة أخماسه فيدخل أرشه فيها ، ويبقى خمس الكف فيه وجهان : أحدهما : يتبعها في الأرض ، ولا شيء فيه .

والثاني : فيه الحكومة لأن ما يقابل الأربع تبعها في الأرض لاستوائهما في الحكم وحكم التي اقتص منها يخالف لحكم الأرض فلم يتبعها .

فصل

٦٧٣٧

ولا يجوز القصاص في الطرف إلا بعد اندمال الجرح في قول أكثر أهل العلم منهم : النخعي ، والثوري ، وأبو حنيفة ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو ثور . وروى ذلك عن عطاء ، والحسن ، قال ابن المنذر : كل من تحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ . ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناء على قولنا إنه إذا سرى إلى النفس يفعل كما فعل ، وهذا قول الشافعي .

قال : ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته . لما روى جابر : « أن رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته ، فقال : يا رسول الله أقدني ، قال : حتى تبرأ ، فأبى ومجمل ، فاستقاد له رسول الله صلى الله عليه وسلم فعميت^(١) رجل المستقيم ، وبرأت رجل المستقاد منه . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ليس لك شيء عجبات » رواه سعيد مرسل . ولأن القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية ، فوجب أن يملكه في الحال كالو برأ .

ولنا : ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ الجروح » ورواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن الجرح

(١) أخرجه أيضاً الدارقطني عن جابر ص ٢٢٦ بلفظ (فعميت رجله) ورواه الشافعي كما في بدائع

المنن ج ٢ ص ٢٥٣ عن محمد بن طلحة (ف)

لا يدري أقتل هو أم ليس يقتل ؟ فينبغي أن ينتظر ليعلم ما حكمه ؟ فأما حديثهم فقد رواه الدارقطني ، وفي سياقه فقال : يا رسول الله ، عرجت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله ، وبطل عرجك » . ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه ، وهذه زيادة يجب قبولها ، وهي متأخرة عن الاقتصاص ، فتكون ناسخة له ، وفي نفس الحديث ما يدل على أن استقاداته قبل البرء معصية أقوله : « قد نهيتك فعصيتني » ^(١) . وما ذكره ممنوع ، وهو مبني على الخلاف .

فصل

٦٧٣٨

فإن اقتص قبل الاندمال هدرت سراية الجنائية ، وقال أبو حنيفة ، والشافعي : بل هي مضمونة ، لأنها سراية جنائية فكانت مضمونة كالو لم يقتص .

ولنا : الخبر المذكور ، ولأنه استمحل ما لم يكن له استمجاله ، فبطل حقه كقاتل موروته .

وبهذا فارق من لم يقتص ، فعلى هذا لو سرى القطعان جميعاً فمات الجاني والمستوفى فهما هدر . وقال أبو حنيفة : يجب ضمان كل واحد منهما لأن سراية كل واحد منهما مضمونة ، ثم يقتاصان فيسقطان . وقال الشافعي : إن مات الجني عليه أولاً ، ثم مات الجاني كان قصاصاً ، لأنه مات من سراية القطع فقد مات بفعل الجني عليه . وإن مات الجاني فكذلك في أحد الوجهين ، وفي الآخر يكون موت الجاني هدرأ ولولى الجني عليه نصف الدية ، فأما إن سرى أحد القطعين دون صاحبه فمعدنا هو هدر ، لا ضمان فيه ، وعند أبي حنيفة يجب ضمان سرايته ، وعند الشافعي إن سرت الجنائية فهي مضمونة وإن سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبني ذلك على ما تقدم من الخلاف .

فصل

٦٧٣٩

وإن اندمل جرح الجنائية فاقتص منه ، ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة ، وسرابة الاستيفاء غير مضمونة ، لأنه اقتص بعد جواز الاقتصاص ، فعلى هذا لو قطع يد رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح الجني عليه فمات فلولى قتل الجاني لأنه مات من جنايته ، وإن عفا إلى الدية فلا شيء له لأنه استوفى بالقطع ما قيمته دية ، وهو بداه . وإن سرى الاستيفاء لم يجب أيضاً شيء ، لأن القصاص قد سقط بموته ، والدية لا يمكن إيجابها لما ذكرناه ، وإن كان المقطوع بالجنائية يداً فلوليه بالخيار بين القصاص في النفس وبين العفو إلى نصف الدية ، ومتى سقط القصاص بموت الجاني أو غيره وجب نصف الدية في تركة الجاني أو ماله إن كان حياً .

(١) هذه الزيادة في رواية الدارقطني عن عبدالله بن عمرو ص ٣٢٥ وقد أخرجه أحمد ج ١١ ص ٢٢٥

٦٧٤٠

فصل

ولو قطع كفتابي يد مسلم فبرأ أو اقتص ثم انتقض جرح المسلم فأتى فلوليه قتل الكفتابي ، والعفو^(١) إلى أرض الجرح ، وفي قدره وجهان :

أحدهما : نصف الدية لأنه قد استوفى بدل يده بالقصاص ، ويدلها نصف دية ، فبقي له نصفها كالألو كان القاطع مسلماً .

والثاني : له ثلاثة أرباعها ، لأن يد اليهودي تعدل نصف دية ، وذلك ربع دية المسلم ، فقد استوفى ربع دية ، وبقي له ثلاثة أرباعها ، وإن كان قطع يدي المسلم فاقتص منه ثم مات المسلم فعفا وليه إلى مال أنبى على الوجهين إن قلنا تعتبر قيمة اليهودي فله هاهنا نصف الدية . وإن قلنا الاعتبار بقيمة يد المسلم فلا شيء له هاهنا لأنه قد استوفى بدل يديه وهما جميع دية ، ولو كان القاطع في يديه ورجليه فعفا إلى الدية لم يكن له شيء وجهاً واحداً ، لأن دية ذلك دية مسلم ، ولو كان الجاني امرأة على رجل فالحكم على ما ذكرنا سواء ، لأن ديتها نصف دية الرجل .

٦٧٤١

فصل

إذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فباب سرايتها فلوليه قتل القاطعين ، وليس له أن يقطع طرفيهما في أحد الوجهين ، وفي الآخر له قطع يد القاطع من الكوع ، فإن قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية ، وأما الآخر ، فإن كانت يده مقطوعة من الكوع ، فقطعها من المرفق ثم عفا فله دية الأقدار الحكومة في الذراع ، ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجز قطعها رواية واحدة لأنه يأخذ صحيحة بمقطوعة ، وإن قطع أيديهما وهما صحيحتان أو قطع رجلان يديه فقطع يديهما ثم سرت الجناية فأتى من قطعها فليس لوليه العفو على الدية لأنه قد استوفى ما قيمته دية وإن اختار قتلها فله ذلك .

٦٧٤٢

فصل

ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها ، سواء كانت حاملاً وقت الجناية أو حملت بعدها قبل الاستيفاء ، وسواء كان القصاص في النفس أو في الطرف . أما في النفس فلقول الله تعالى : (فَلَا يُسْرَفُ فِي الْقَتْلِ)^(٢) وقتل الحامل قتل لغير القاتل ، فيكون إسرافاً .

وروى ابن ماجه^(٣) بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال : حدثنا معاذ بن جبل ، وأبو عبيدة بن

(١) في ٣٩ : أو العفو .

(٢) سورة الإسراء آية ٣٣ .

(٣) رواه ابن ماجه ج ٢ ص ١٥٤ (في)

الجراح ، وعبادة بن الصامت ، وشداد بن أوس ، قالوا : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع مافي بطنها وحتى تسكفل ولدها » . وهذا نص ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للفامدية المقررة بالزنا : « ارجعي حتى تضي مافي بطنك » ثم قال لها : ارجعي حتى ترضعيه »^(١) ولأن هذا إجماع من أهل العلم لا يعلم بينهم فيه اختلافاً .

وأما القصاص في الطرف ، فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى الجاني أو إلى زيادة في حقه فلأن تمنع منه خشية السراية إلى غير الجاني وتفويت نفس معصومة أولى وأحرى . ولأن في القصاص منها قتلا لغير الجاني ، وهو حرام .

وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبن ، لأن الولد لا يعيش إلا به في الغالب ثم إن لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يحىء أو أن فطامه لما ذكرنا من الخبرين . ولأنه لما أخرج الاستيفاء لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه بعد وضعه أولى ، إن أن يكون القصاص فيما دون النفس ، ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرره بالاستيفاء منها ، فيستوفي . وإن وجد له مرضعة راتبة جاز قتلها لأنه يستغنى بلبنها وإن كانت مترددة أو جماعة يتقاربونه ، أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها جاز قتلها ويستحب للولي تأخيرها لما على الولد من الضرر لاختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة .

فصل

٦٧٤٣

وإذا ادعت الحمل فففيه وجهان :

أحدهما : تحبس حتى يبين حملها ، لأن للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها ، ولا يعلمها غيرها ، فوجب أن يحقظ للحمل حتى يبين انتفاء مادعته . ولأنه أسر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض .
والثاني : ذكره القاضي : أنها ترى أهل الخبرة ، فإن شهدوا بحملها أخرت ، وإن شهدوا ببراءتها لم تؤخر ، لأن الحق حال عليها ، فلا يؤخر بمجرد دعواها .

فصل

٦٧٤٤

وإن اتقص من حامل فقد أخطأ وأخطأ للسلطان الذي مكنته من الاستيفاء ، وعليهما الإثم إن كانا عالمين ، أو كان منهما تفریط ، وإن علم أحدهما أو فرط فالإثم عليه ، ثم ننظر فإن لم تلق الولد فلا ضمان فيه ، لأننا لم نتحقق وجوده وحياته . وإن انفصل ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش في مثله فففيه غرة ، وإن انفصل حياً لوقت يعيش مثله ثم مات من الجنابة وجبت فيه دية ، وعلى من يجب ضمانه ؟ ننظر ، فإن كان الإمام والولي عالين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالأمرين أو بأحدهما أو كان الولي عالماً بذلك

دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده ، لأنه مباشر ، والحاكم الممكن له صاحب سبب ، ومتى اجتمع المباشر مع التسبب كان الضمان على المباشر دون التسبب ، كالحافر مع الدافع ، وإن علم الحاكم دون الولي فالضمان على الحاكم وحده ، لأن المباشر معذور ، فكان الضمان على التسبب كالسيد إذا أمر عبده بالقتل ، وللمبدأ عجمي لا يعرف تحريم القتل ، وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء .

وقال القاضي إن كان أحدهما عالماً وحده فالضمان عليه وحده ، وإن كانا عالين فالضمان على الحاكم ، لأنه الذي يعرف الأحكام والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده . وإن كانا جاهلين ففيه وجهان :

أحدهما : الضمان على الإمام كما لو كانا عالين .

والثاني : على الولي وهذا مذهب الشافعي .

وقال أبو الخطاب : الضمان على الحاكم ، ولم يفرق . وقال المزني الضمان على الحاكم ، ولم يفرق . وقال المزني الضمان على الولي في كل حال لأنه المباشر والسبب غير ملجئ . فكان الضمان عليه كالحافر مع الدافع وكألو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل . وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق والله أعلم .

مسألة

٦٧٤٥

قال : ﴿ وإذا كان القاطع سالم للطرف والمقطوعة شلاء فلا قود ﴾ .

لانلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح بأشل إلا ما حكى عن داود أنه أوجب ذلك ، لأن كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه فيؤخذ به كالأذنين .

ولنا : أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال ، فلا يؤخذ بهما ما فيه نفع كالصحيحة لا تؤخذ بالقائمة ، وما ذكر له قياس وهو لا يقول بالقياس وإذا لم نوجب القصاص في الميتين مع قول الله تعالى : « المين بالمين » ^(١) لأجل تفاوتهما في الصحة والعمى فلأن لا يجب ذلك فيما لانص فيه أولى .

فصل

٦٧٤٦

وإن قطع أذناً شلاء أو أنفاً أشل فهل يؤخذ به الصحيح ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يؤخذ به كسائر الأعضاء .

والثاني : يؤخذ به لأن نفعه لا يذهب بشلاء فإن نفع الأذن جمع الصوت ورد الهوام وستر موضع

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

السمع ونفع الأنف جمع الريح ورد الهواء أو الهواء فقد ساوى الصحيح في الجمال والنفع فوجب أخذ كل واحد منهما بالآخر كالصحيح بالصحيح بخلاف اليد والرجل وللشافعي قولان كالوجهين .

فصل

٦٧٤٧

ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع بناقصة الأصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لأنها فوق حقه ، وهل له أن يقطع من أصابع الجاني بمدد أصابعه ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف . وإن قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها لأنه أخذ كامل بناقص وفي الافتصاص من الأصابع الصحاح وجهان فإن قلنا له أن يقتصر فله الحكومة في الشلاء وأرش ماتحتها من الكف وهل يدخل ماتحت الأصابع الصحاح في قصاصها أو تجب فيه حكومة ؟ على وجهين .

فصل

٦٧٤٨

وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها أصبع زائد وجب القصاص فيها ذكره أبو عبد الله بن حامد لأن الزائدة عيب ونقص في المعنى يرد بها لمبيع فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلمة فيها والخراج واختار القاضي أنها لا تقطع بها وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة ، فعلى هذا : إن كان للمجني عليه أبصاً أصبع زائدة في محل الزائدة من الجاني وجب القصاص لاستوائهما وإن كانت في غير محلها أو لم يكن للمجني عليه أصبع زائدة لم تؤخذ يد الجاني ، وهل يملك قطع الأصابع ؟ ننظر فإن كانت الزائدة ملصقة بأحد الأصابع فليس له قطع تلك الإصبع لأن في قطعها إضراراً بالزائدة وهل له قطع الأصابع الأربع ؟ على وجهين ، وإن لم تكن ملصقة بواحدة منهن . فهل له قطع الخمس ؟ على وجهين وإن كانت الزائدة نابتة في أصبع في أتملها العليا لم يجز قطعها ، وإن كانت نابتة في السفلى أو الوسطى فله قطع ما فوقها من الأنامل في أحد الوجهين وبأخذ أرش الأتملة التي تعذر قطعها في أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف .

فصل

٦٧٤٩

وإن قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن السكاملة لا تؤخذ بالناقصة ،

وإن كانت المقطوعة ذات أظفار إلا أنها خضراء أو مستحشفة^(١) أخذنا بها السليمة لأن ذلك علة ومرض والمرض لا يمنع القصاص بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم .

مسألة

٦٧٥٠

قال : ﴿ وإن كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فشاء المظلوم أخذها فذلك له ولا شيء له غيرها وإن شاء عفا وأخذ دية يده ﴾ .

أما إذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافاً لأنه مجز عن استيفاء حقه على السكال بالقصاص فكانت له الدية كالو لم يسكن للقاطع يد وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى . وإن اختار القصاص سئل أهل الخبرة فإن قالوا إنه إذا قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء إلى البدن فأفسده سقط القصاص لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف وإن أمن هذا فله القصاص لأنه رضى بدون حقه فكان له ذلك كما لورضى المسلم بالقصاص من الذمى والرجل من المرأة والحر من العبد وليس له مع القصاص أرش لأن الشلاء كالصحيحة فى الخلقة وإنما نقصت فى الصفة فلم يكن له أرش كالصور التى ذكرناها . وقال أبو الخطاب : عندى له أرش مع القصاص على قياس قوله فى عين الأعور والأول أصح فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الأصول مخالف للقياس .

فصل

٦٧٥١

وتؤخذ الشلاء بالشلاء إذا أمن فى الاستيفاء الزيادة ، وقال أصحاب الشافعى لا تؤخذ بها فى أحد الوجهين لأن الشلاء عليه والعمل يختلف تأثيرها فى البدن فلا تتحقق المائلة بينهما . ولنا : أنهما متماثلان فى ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداها بالأخرى كالصحيحة بالصحيحة .

فصل

٦٧٥٢

وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه بأن يسكون المقطوع من يد الجانى كالمقطوع من يد الجنى عليه لأنها تساوتا فى الذات والصفة ، فأما إن اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام ومن الأخرى أصبع غيرها لم يجز القصاص ، لأن فيه أخذ أصبع بغيرها وإن كانت يد أحدهما ناقصة أصبعاً والأخرى ناقصة تلك الأصبع وأخرى جاز أخذ للناقصة أصبعين بالناقصة أصبعاً . وهل له أرش أصبعه الزائدة ؟ فيه وجهان . ولا يجوز أخذ الأخرى بها لأن السكاملة لا تؤخذ بالناقصة .

(١) مستحشفة : يسهى فتقبضت . (ف)

٦٧٥٣

فصل

ويجوز أخذ الناقصة بالكامل لأنها دون حقه وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة ؟ على وجهين :
أحدهما : له ذلك وهو قول الشافعي . واختيار ابن حامد .

والثاني : ليس له مع القصاص أرش . وهو مذهب أبي حنيفة وقياس قول أبي بكر لئلا يفضى إلى الجمع بين القصاص ودية في عضو واحد . وقال القاضي قياس قوله : سقوط القصاص كقوله فيمن قطعت يده من نصف الذراع وليس كذلك لأنه يقتص من موضع الجفائية ويضع الحديد في موضع وضعم الجاني فملك كما لو جنى عليه فوق الموضحة أو كان رأس الشاج أصفر أو أخذ الشلاء بالصحيحة ، وبفارق القاطع من نصف الذراع لأنه لا يمكنه القصاص من موضع الجفائية . هكذا حكاه الشريف عن أبي بكر .

٦٧٥٤

فصل

وإن كانت يد القاطع والجنى عليه كاملتين . في يد الجنى عليه أصبع زائدة فعلى قول ابن حامد لا عبرة بالزائدة لأنها بمنزلة الخراج والسَّلعة^(١) وعلى قول غيره له قطع يد الجاني . وهل له حكمومه في الزائدة ؟ على وجهين ، وإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فلاقصاص في الصورة الأولى لأن الأصلية لا تؤخذ بالزائدة وله القصاص في الصورة الثانية في قول ابن حامد لأن الزائدة لا عبرة بها ، وقال غيره إن لم تسكن الزائدة في محل الأصلية فلاقصاص أيضاً لأن الأصبعين مختلفان ، وإن كانت في محل الأصلية فقال القاضي يجري القصاص ، وهو مذهب الشافعي ، ولا شيء له لنقص الزائدة ، وهذا فيه نظر ، فإنها متى كانت في محل الأصلية كانت أصلية ، لأن الزائدة هي التي زادت عن عدد الأصابع ، أو كانت في غير محل الأصابع ، وهذا له خمس أصابع في محملها ، فسكانت كلها أصلية ، فإن قالوا معنى كونها زائدة أنها ضعيفة مائلة عن سمت الأصابع . قلنا : ضمه لا يوجب كونها زائدة كذكر العنين ، وأما ميلها عن الأصابع فإنها إن لم تسكن نابذة في محل الأصابع المدومة فسد قولهم إنها في محملها وإن كانت نابذة في موضعها وإنما مال رأسها واعوجت فهذا مرض لا يخرجها عن كونها أصلية .

٦٧٥٥

فصل

وإذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من منفصل ففيها القصاص ، وإن بادرها

(١) السَّلعة : زبادة كالعدة قد تكون كالحمصة أو البطيخة . (ف)

صاحبها فقطعها من الكوع اثلا تسرى إلى سائر جسده ثم اندمل جرحه فعلى الجاني القصاص فى الأصبع ، والحكومة فيما تأكل من الكف ، ولا شىء عليه فيما قطعه الجنى عليه ، لأنه تلف بفعله ، وإن لم يندمل ومات من ذلك فالجاني شريك نفسه فيحتمل وجوب القصاص عليه ويحتمل أن لا يجب بحال لأن فعل الجنى إنما قصد به المصلحة فهو عمد الخطأ ، وشريك الخطأىء لا قصاص عليه ، ويكون عليه نصف الدية ، وإن قطع الجنى عليه موضع الأكلة نظرت . فإن قطع لحماً ميتاً ثم سرت الجناية فالقصاص على الجاني لأنه سرية جرحه خاصة ، وإن كان فى لحم حى فمات فالحكم فيه كما لو قطعها خوفاً من سرايتها .

فصل

٦٧٥٦

وإذا قطع أنملة لها طرفان إحداها زائدة والأخرى أصلية فإن كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضاً أخذت بها ، وإن لم تكن ذات طرفين قطعت وعليه حكومة فى الزائدة . وإن كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين أخذت بها فى قول ابن حامد ، وعلى قول غيره لا قصاص فيها ، وله دية أنملته ، وإن ذهب الطرف الزائده الاستيفاء ، وإن قال : أنا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك ، لأن القصاص حقه ، فلا يجبر على تعجيل استيفائه .

فصل

٦٧٥٧

ولو قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملة آخر الوسطى ثم قطع السفلى من ثلث فلا أول للقصاص من العليا ثم للثانى أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى ، سواء جاءوا دفعة واحدة أو واحداً بعد واحد ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا قصاص إلا فى العليا ، لأنه لم يجب فى غيرها حال الجناية ، لتعذر استيفائه ، فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافئ حال الجناية ، ثم صار مكافئاً بعده . ولنا : أن تعذر القصاص لإبصال محله بغيره لا يمنعه إذا زال الاتصال ، كما لو جنت الحامل ، ويفارق عدم التكافؤ ، لأنه تعذر لمعنى فيه ، وهمنا تعذر لانصال غيره به ، فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا لم يعطه ، لأن فى استيفائه إنلاف أنملة لا يستحقها . وقيل لها : إما أن تصبرا حتى تعلم ما يكون من الأول ، فإن اقتص فلكم القصاص وإن عفا فلا قصاص لكما وإما أن ترضيا بالمقل فإذا جاء صاحب العليا فاقتص فللثانى الاقتصاص ، وحكم الثالث مع الثانى كحكم الثانى مع الأول ، وإن عفا فلمما المقل ، فإن قال : نحن نصبر وننظر بالقصاص أن تسقط العليا بمرض أو نحوه ثم نقول لم يمنعا^(١) من ذلك ، وإن قطع صاحب الوسطى العليا فعليه دية العليا ، تدفع إلى صاحب العليا ، وإن قطع الأصبع كلها فعليه القصاص فى الأنملة الثالثة ، وعليه أرش

(١) لم يمنعا من ذلك لأن القصاص حقه فلا يجبران على تعجيل استيفائه (ف)

العليا للأول ، وأرش السفلى على الجاني لصاحبها ، وإن عفا الجاني عن قصاصها وجب أرشها ، يدفعه إليه ليدفعه إلى الجاني عليه .

فصل

٦٧٨٥

وإن قطع أكلة رجل العليا ، ثم قطع أكلة آخر العليا والوسطى من تلك الأصبع فللأول قطع العليا لأن حقه أسبق ثم يقطع الثاني الوسطى ويأخذ أرش العليا منه فإن بادر الثاني فقطع الأكلتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للأول وله الأرش على الجاني ، وإن كان قطع الأكلتين أولاً قدمنا صاحبهما في القصاص للأول وله الأرش على الجاني ، وإن بادر صاحبها فقطعها فقد استوفى حقه ، وتقطع الوسطى للأول ، ويأخذ الأرش للعليا ، ولو قطع أكلة رجل العليا ولم يكن للقاطع مثلها فاستوفى الجاني من الوسطى ، فإن عفا إلى الدية تقاصاً وتساقطاً ، لأن ديتهما واحدة ، وإن اختار الجاني القصاص فله ذلك ، ويدفع أرش العليا ، ويحجى على قول أبي بكر : ألا يجب القصاص ، لأن ديتهما واحدة ، واسم الأكلة بشملها ، ففساقطاً كما هو في إحدى اليدين بدلاً عن الأخرى .

مسألة

٦٧٥٩

قال (وإذا قُتِلَ وله وليان بالغ وطفل ، أو غائب ، لم يقتل حتى يقدم الغائب ، ويبلغ الطفل) .
وجعلته أن ورثة القتل إذا كانوا أكثر من واحد لم يحز بعضهم استيفاء التود إلا بإذن الباقيين ، فإن كان بعضهم غائباً انتظر قدومه ، ولم يحز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه ، وإن كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه ليس لغيرها الاستيفاء حتى يبلغ الصغير وينفق المجنون وبهذا قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وأبو يوسف ، وإسحاق .
ويروى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله ، وعن أحمد ، رواية أخرى : لا لكبار العقلاء استيفاءؤه .
وبه قال حماد ، ومالك ، والأوزاعي ، والليث ، وأبو حنيفة ، لأن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ماجم قصاصاً ، وفي الورثة صفار ، فلم ينكر ذلك ، ولأن ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه ، وليس للصغير هذه الولاية .

ولنا : أنه قصاص غير متحقق ، ثبت لجماعة معينين ، فلم يحز لأحدهم استيفاءؤه استقلالاً ، كما لو كان بين حاضر وغائب ، أو أحد بدلى النفس ، فلم يفرد به بعضهم كالدية .

والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقاً أربعة أمور . أحدها : أنه لو كان منفرداً لاستحققه ، ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفرداً ، كولاية النكاح . والثاني : أنه لو بلغ لاستحق ، ولو لم يكن مستحقاً

عند الموت لم يكن مستحقاً بعده ، كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه . والثالث : أنه لو صار الأمر إلى المال لاستحق ، ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدله كالأجنبي . والرابع : أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر مالم يستحقه . فأما ابن ملجم فقد قيل : إنه قتله بكفره ، لأنه قتل علياً مستحلاً لدمه ، معتقداً كفره ، متقرباً بذلك إلى الله تعالى . وقيل : قتله لسميه في الأرض بالفساد ، وإظهار السلاح ، فيكون كقاطع الطريق إذا قتل . وقتله متحتم ، وهو إلى الإمام . والحسن هو الإمام ، ولذلك لم يفتظر الغائبين من الورثة ، ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم ، وإن قدر أنه قتله قصاصاً فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتاج به بعضنا على بعض .

فصل

٦٧٦٠

وإن كان الوارث واحداً صغيراً كصبي قتل أمه وليست زوجة لأبيه فالقصاص له ، وليس لأبيه ولا غيره استيفاءؤه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : له استيفاءؤه ، وكذلك الحاكم في الوصي والحاكم في العارف دون النفس ، وذكر أبو الخطاب في موضع في الأب روايتين ، وفي موضع وجمين أحدهما : كقولنا ، لأن القصاص بدلى النفس ، فكان للأب استيفاءؤه كالدية .

والنا : أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجه فلا يملك استيفاء القصاص له ، كالوصي ولأن القصد التشفي ودرك الغيظ ، ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي ، ويخالف الدية ، فإن الغرض يحصل باستيفاء الأب له ، فافتراقاً . ولأن الدية إنما يملك استيفاءها إذا نعتت ، والقصاص لا يتعين ، فإنه يجوز العفو إلى الدية ، والصالح على مال أكثر منها وأقل ، والدية بخلاف ذلك .

فصل

٦٧٦١

وكل موضع وجب تأخير الاستيفاء فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويقبل المجنون ، ودية الدم الغائب ، وقد حبس معاوية هذبة بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتييل في عصر الصحابة ، ولم يفكر ذلك ، وبذل الحسن ، والحسين ، وسعيد ابن العاص لابن القتييل سبع ديات فلم يقبلها .

فإن قيل : فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين . قلنا : لأن في تخليته تضيقاً للحق ، فإنه لا يؤمن هربه . والفرق بينه وبين المعسر من وجوه : أحدها : أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار ، فلا يحبس بما لا يجب ، والقصاص همناً واجباً ، وإنما تعذر الاستوفى . الثاني : أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين ، فلا يفيد بل يضر من الجانبين ، وهما الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس . الثالث : أنه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه ، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه .

فإن قيل : فلم يحبس من أجل الغائب ، وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفاً رشيداً ، ولذلك لو وجد بعض ماله مضموناً لم يملك انتزاعه ؟ قلنا : لأن في القصاص حقاً الميث ، وللحاكم عليه ولاية ، ولهذا نفذ وصاياه من الدية ، ونقض ديونه منها ، فنظيره أن يجد الحاكم من تركه الميث في يد إنسان شيئاً غصباً والوارث غائب ، فإنه يأخذه ، ولو كان القصاص في الحى طرفه^(١) لم يتعرض لمن هو عليه فإن أقام القاتل كفيلاً بنفسه ليحلى سبيله لم يحز ، لأن الكفالة لا تصح في القصاص ، فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر إحضار المكفول به ، ولا يمكن استيفاءه من غير القاتل ، فلم تصح الكفالة به به كالحمد ، ولأن فيه تعريضاً بحق المولى عليه ، فإنه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق .

فصل

٦٧٦٢

فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن الباقيين لم يجب عليه قصاص ، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي ، والقول الأخير : عليه القصاص ، لأنه ممنوع من قتله ، وبعضه غير مستحق له ، وقد يجب القصاص بإتلاف بعض النفس ، بدليل ما لو اشترك الجماعة في قتل واحد .

ولنا : أنه مشارك في استحقاق القتل ، فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركاً في ملك الجارية ووطئها ، ولأنه محل يملك بعضه ، فلم تجب العقوبة المقصورة باستيفائه كالأصل . ويفارق [ما] إذا قتل الجماعة واحداً ، فإننا لا نوجب القصاص بقتل بعض النفس ، وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلاً لجميعها ، وإن سلمنا وجوبه عليه لقتله بعض النفس ، فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والمعدوان ، ولا يتحقق ههنا .

إذا ثبت هذا فإن للمولى الذي لم يقتل قسطه^(٢) من الدية لأن حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبهه ما مات القاتل أو عفا بعض الأولياء ، وهل يجب ذلك على قاتل الجاني أو في تركه الجاني ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان :

أحدهما : يرجع على قاتل الجاني لأنه أتلف محل حقه ، فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه ، كما لو كانت له ودبة فأتلفها .

والثاني : يرجع في تركه الجاني كما لو أتانه أجنبي ، أو عفا شريكه عن القصاص . وقولنا أتلف محل حقه يبطل بما إذا أتلف مستأجره ، أو غريمه أو امرأته ، أو كان المتلف أجنبياً ، ويفارق الودبة ،

(١) في نسخ المغني (في الحى طرفه) والصواب (الحى في طرفه) كما في الشرح الكبير ج

٩ ص ٣٨٥ (ف) .

(٢) في ٣٩ : حقه .

فإنها مملوكة لها ، فوجب عوض ماله . أما الجاني فليس بمملوك للجاني عليه ، وإنما له عليه حق ، فأشبهه ماله بقتل غريمه . فعلى هذا يرجع ورثة الجاني على قاتله بدية مورثهم ، إلا قدر حقه منها . فعلى هذا لو كان الجاني أقل دية من قاتله ، مثل امرأة قتلت رجلاً له ابنان ، فقتلها أحدهما بغير إذن الآخر ، فللآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة التي قتلتها ، ويرجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها ، وهو ربع دية الرجل .

وعلى الوجه الأول يرجع الابن الذي لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة ، لأنه لم يفوت على أخيه إلا نصف المرأة ، ولا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشيء ، لأن أخاه الذي قتلها أتلف جميع الحق . وهذا يدل على ضعف هذا الوجه .

ومن فوائده أيضاً صحة إبراء من حكمنا بالرجوع عليه وملاك مطالبته ، فإن قلنا : يرجع على ورثة الجاني صح إبراؤهم ، وما سلكوا الرجوع على قاتل مورثهم بقسط أخيه العافي ، وإن قلنا : يرجع على تركة الجاني وله تركة فله الأخذ منها ، سواء أمكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمكنهم . وإن قلنا : يرجع على شريكه لم يمكن له المطالبة ورثة الجاني ، سواء كان شريكه موسراً أو معسراً .

مسألة

٦٧٦٣

قال : ﴿ ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص لم يمكن إلى القصاص سبيل وإن كان العافي زوجاً أو زوجة ﴾

أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص ، و[على] أنه أفضل ، والأصل فيه الكتاب والسنة . أما الكتاب فقول الله تعالى في سياق قوله : « كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ . . . فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَا إِلَى الْيَمِّ بِإِحْسَانٍ »^(١) وقال تعالى : « وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ - إِلَى قَوْلِهِ - وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ »^(٢) قيل في تفسيره : فهو كفارة للجاني ، بعفو صاحب الحق عنه . وقيل : فهو كفارة للعافي بصدقه . وأما السنة فإن أنس بن مالك قال : « مارأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو » رواه أبو داود^(٣) . وفي حديثه في قصة الرُّبَيْعِ بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص فعفا القوم .

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٣) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٧٨ . (ف)

إذا ثبت : هذا فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب ، والرجال والنساء ، والصغار والكبار ، فمن عفا منهم صح عفوهم ، وسقط القصاص ، ولم يبق ^(١) لأحد إليه سبيل . هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : عطاء ، والنخعي ، والحكم ، وحامد ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وروى معنى ذلك عن عمر ، وطاوس ، والشعبي . وقال الحسن وقتادة ، والزهرى ، وابن شبرمه ، والليث ، والأوزاعي : ليس للنساء عفو . والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة ، وهو وجه لأصحاب الشافعي ، لأنه ثبت لدفع العار ، فاختص به العصبات كولاية النكاح . ولم وجه ثالث ، أنه لذوى الأنساب دون الزوجين ، أقول للنبي صلى الله عليه وسلم : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل » . وأهله ذوو رحمه ^(٢) .

وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يستقط بعفو بعض الشركاء . وقيل : هو رواية عن مالك ، لأن حق غير العافي لا يرضى بإسقاطه ، وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « فأهله بين خيرتين » ، وهذا عام في جميع أهله ، والمرأة من أهله ، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من يعذرني من رجل يبلغني أذاه في أهلي ، وما علمت على أهلي إلا خيراً . واتفقوا ذكروا رجلاً ما علمت عليه إلا خيراً ، وما كان يدخل على أهلي إلا معي ^(٣) » يريد عائشة . وقال له أسامة : يا رسول الله أهلك ، ولا نعسم إلا خيراً ^(٤) . وروى زيد بن وهب : « أن عمر أتى برجل قتل قتيلًا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت امرأة المقتول ^(٥) وهي أخت القاتل : قد عفوت من حق ، فقال عمر : الله أكبر ، عتق القتل » . رواه ^(٦) أبو داود ، وفي رواية عن زيد قال : دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلاً فقتلها ، فاستمدى إختها عمر ، فقال لبعض إختها : قد تصدقت ، ففضى لسائرهم بالدية .

وروى قتادة أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلاً ، فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم ، فقال عمر لأبن مسعود : ما تقول ؟ قال إنه أحرز من القتل ، فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علماً . والدليل

(١) في ١٨ : لم يعد .

(٢) في نسخ المغني (وأهله ذوو رحمه) والصواب (ذوو رحمه) بالهاء لا بالتاء كافي الشرح الكبير

ج ٩ ص ٣٨٩ . (ف)

(٣ ، ٤) أخرجه الخمسة إلا أبا داود عن عائشة . (ف)

(٥) في تلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٩ قالت أخت القاتل وكانت زوجة القاتل (ف)

(٦) لم أجده في أبي داود ونسبه الحافظ في تلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٠ إلى عبد الرازق والبيهقي (ف)

(٤٥ - المغني - ٨)

على أن القصاص لجميع الورثة ما ذكرناه في مسألة القصاص بين الصغير والكبير ، ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالمصبة ، فإذا عفا بعضهم صحح عفوهم عن سائر حقوقه ، وزوال الزوجية لا يمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية ، وسائر حقوقه الموروثة .

ومتى ثبت أنه حق مشترك بين جميعهم سقط بإسقاط من كان من أهل الإسقاط منهم ، لأن حقه منه له^(١) فينفذ تصرفه فيه ، فإذا سقط سقط جميعه ، لأنه مما لا يتبعض كالطلاق والعاق ، ولأن القصاص حق مشترك بينهم لا يتبعض ، مبناه على الدرء والإسقاط ، فإذا أسقط بعضهم سرى إلى الباقي كالعاق . والمرأة أحد المستحقين ، فسقط بإسقاطها كالرجل . ومتى عفا أحدهم ، فللابقين حقهم من الدية ، سواء عفا مطلقاً أو إلى الدية . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، ولا أعلم لهما مخالفاً ممن قال بسقوط القصاص ، وذلك لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه ، فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه ، أو مات ، ولما ذكرنا من خبر عمر رضى الله عنه .

فصل

٦٧٦٤

فإن قتل الشريك الذى لم يمف عالماً بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص ، سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأبو ثور ، وهو الظاهر من مذهب الشافعى . وقيل له قول آخر : لا يجب القصاص ، لأن له فيه شبهة لوقوع الخلاف .

ولنا : أنه قتل موصوماً مكافئاً له عمداً يعلم أنه لاحق له فيه ، فوجب عليه القصاص كما لو حكم بالعفو حاكم ، والاختلاف لا يسقط القصاص ، فإنه لو قتل مسلماً بكافر قتلناه به مع الاختلاف في قتله ، وأما إن قتله ، قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعى في أحد قولييه : عليه القصاص ، لأنه قتل عمد عدوان لمن لاحق له في قتله .

ولنا : أنه قتل معتقداً ثبوت حقه فيه ، مع أن الأصل بقاؤه ، فلم يلزمه قصاص كالوكيل إذا قتل بعد عفو الموكل ، قبل علمه بعفو ، ولا فرق بين أن يسكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لم يحكم به ، لأن الشبهة موجودة مع انتفاء العلم ممدومة عند وجوده ، وقال الشافعى : متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص ، علم بالعفو أو لم يعلم ، وقد بينا الفرق بينهما ، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية إما لكونه معذوراً وإما للعفو عن القصاص ، فإنه يسقط عنه منها ما قبل حقه على القاتل قصاصاً ، ويجب عليه الباقي فإن كان الولي عفا إلى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شيء عليهم ، وإن كان عفا إلى الدية فالواجب لورثة القاتل

(١) في ١٨ : لأنه حقه ، ومنه وله .

وعليهم . نصيب العاقب من الدية ، وقيل فيه : إن حق العاقب من الدية على القاتل لا يصح ، لأن الحق لم يبق متعلقاً بعينه ، وإنما الدية واجبة في ذمته ، فلم تنتقل إلى القاتل كما لو قتل غريمه .

فصل

٦٧٦٥

فإن كان القاتل هو العاقب فعليه القصاص ، سواء عفا مطلقاً أو إلى مال وبهذا قال حكرمة ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وابن المنذر . وروى عن الحسن : تؤخذ منه الدية ولا يقتل . وقال عمر بن عبد العزيز : الحكم فيه إلى السلطان .

ولنا : قوله تعالى : « فَمَنْ اعْتَدَى بِمَعْدٍ ذَلِكَ فَعَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ » ^(١) قال ابن عباس ، وعطاء ، والحسن ، وقتادة ، في تفسيرها : أى بعد أخذه الدية . وعن الحسن عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا أعفى من قتل بعد أخذه الدية » . ولأنه قتل معصوماً مكافئاً فوجب عليه القصاص كما لو يكن قتل .

فصل

٦٧٦٦

وإذا عفا عن القاتل مطلقاً صح ولم تلزمه عقوبة ، وبهذا قال الشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأبو ثور . وقال مالك . والليث ، والأوزاعي : يضرب ويحبس سفة .
ولنا : أنه إنما كان عليه حق واحد ، وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ .

فصل

٦٧٦٧

وإذا وكل من يستوفى القصاص صح توكيله ، نص عليه أحمد رحمه الله ، فإن وكله ثم غاب وعفا عن القصاص واستوفى الوكيل نظرنا ، فإن كان عفوه بعد القتل لم يصح لأن حقه قد استوفى وإن كان قتله وقد علم الوكيل به فقد قتله ظلماً فعليه القود كما لو قتله ابتداء . وإن قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر : لا ضمان على الوكيل لأنه لا تغريب منه فإن العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه ، فلم يلزمه ضمان ، كما لو عفا بعد مارماه . وهل يلزم الموكل الضمان ؟ فيه قولان .
وأحدهما : لا ضمان عليه ، لأن عفوه غير صحيح لما ذكرنا من حصوله في حال لا يمكنه استدراك الفعل ، فوقع القتل مستحقاً له ، فلم يلزمه ضمان ، ولأن العفو إحسان ، فلا يقتضى وجوب الضمان .

والثاني . عليه الضمان ، لأن قتل المفقود عنه حصل بأسره وتسليمه على وجه لا ذنب المباشر فيه ، فسكان الضمان على الأمر كما لو أمر عبده الأعجمي بقتل معصوم .

وقال غير أبي بكر في صحة المفقود وجهان بناء على الروايتين في الوكيل ، هل ينمزل بعزل الموكل أولاً ؟ وللشافعي قولان كالوجهين . فإن قلنا لا يصح المفقود فلا ضمان على أحد ، لأنه قتل من يجب قتله بأمر يستحقه . وإن قلنا يصح المفقود فلا قصاص فيه ، لأن الوكيل قتل من يمتد إباحة قتله بسبب هو ممدور فيه ، فأشبهه ماله قتل في دار الحرب من يمتدده حربياً ، ونجب الدية على الوكيل ، لأنه لو علم لوجب عليه القصاص ، فإذا لم يعلم تعلق به الضمان كما لو قتل مرتداً قد أسلم قيل علمه بإسلامه ، ويرجع بها على الموكل ، لأنه غره بتسليمه على القتل بتفريطه في ترك إعلامه بالمفقود ، فيرجع عليه كالغار في النكاح بحرية أمة أو تزوج معيبة . ويحتمل ألا يرجع عليه ، لأن المفقود إحسان منه ، فلا يقتضي الرجوع عليه . فعلى هذا تكون الدية على عاقلة الوكيل ، وهذا اختيار أبي الخطاب ، لأن هذا جرى مجرى الخطأ فأشبهه ماله قتل في دار الحرب مسلماً يمتدده حربياً .

وقال القاضي : هو في مال الوكيل ، لأنه عن عمد محض ، وهذا لا يصح ، لأنه لو كان عمداً محضاً لأوجب القصاص ، ولأنه يشترط في العمد الحظ أن يكون عالماً بحال الحل ، وكونه معصوماً ، ولم يوجد هذا ، وإن قال هو عمد الخطأ فعمد الخطأ تحمله العاقلة . ذكره الخرق ، ودل عليه خبر المرأة التي قتلت جاريتها^(١) وجنيتها بمسطح ، فقتل النبي صلى الله عليه وسلم بالدية على عاقلتها .

واختلف أصحاب الشافعي على هذين الوجهين ، فعلى قول القاضي إن كان الموكل عفا إلى الدية فله الدية في تركه الجاني ، ولورثة الجاني مطالبة الوكيل بدبته ، وليس للموكل مطالبة الوكيل بشيء ، فإن قيل : فقد قلتم فيما إذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ، ولأخيه مطالبة به في وجه . قلنا نعم أتلف حقه فرجع ببسببه عليه ، وههنا أتلفه بعد سقوط حق الموكل عنه فاسترقا ، وإن قلنا : إن الوكيل يرجع على الموكل احتتمل أن تسقط الديتان ، لأنه لا فائدة في أن يأخذها الورثة من الوكيل ، ثم يردّها الموكل إلى الوكيل ، فيسكون تسكيناً لسكل واحد منهم بغير فائدة ، ويحتمل أن يجب ذلك ، لأن الدية الواجبة في ذمة الوكيل لغير من للوكيل الرجوع عليه ، وإنما تنساقط الديتان إذا كان لسكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ماله عليه ، ولأنه قد تسكون الديتان مختلفتين ، بأن يسكون أحد المقتولين رجلاً والآخر امرأة ، فعلى هذا يأخذ ورثة الجاني دبته من الوكيل ، ويدفعون إلى الموكل دية واهيه ، ثم يرد الموكل إلى الوكيل قدر ما غرمه .

وإن أحوال ورثة الجاني الموكل على الوكيل بدية وليهم صح ، فإن كان الجاني أقل دية مثل أن تسكون امرأة قتل رجلا فقتلها الوكيل فلورثتها إحالة الموكل بديتها ، لأنه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعاً ، ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية وليه ، وإن كان الجاني رجلا قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجاني إحالة الموكل بدية المرأة ، لأن الموكل لا يستحق عليهم أكثر من ديتها ، وبطالبون الوكيل بنصف دية الجاني ثم يرجع به على الموكل .

فصل

٦٧٦٨

وإذا جنى على الإنسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه مات لم يجب القصاص ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن مالك : أن القصاص واجب ، لأن الجناية صارت نفساً ولم يعف عنها .

ولنا : أنه يتمذر استيفاء القصاص في النفس دون ماعفا عنه ، فسقط في النفس كما لو عفا بهض الأولياء ، ولأن الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه لم يجب في سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها نظرنا ، فإن كان عفا على مال فله الدية كاملة ، وإن عفا على غير مال وجبت الدية إلا أرض الجراح الذي عفا عنه . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة ، لأن الجناية صارت نفساً ، وحقه في النفس لا فيما عفا عنه ، وإنما سقط القصاص للشبهة ، وإن قال : عفوت عن الجناية لم يجب شيء ، لأن الجناية لا تختص بالقطع ، وقال القاضي فيما إذا عفا عن القطع : ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، لأنه قطع غير مضمون فكذا ذلك سرايته .

ولنا : أنها سرية جناية أوجبت العثمان ، فكانت مضمونة كما لو لم يعف ، وإنما سقطت ديتها بعفوه عنها ، فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره ، والمعفو نصف الدية ، لأن الجناية أوجبت نصف الدية ، فإذا عفا سقط ماوجب دون ما لم يجب فإذا صارت نفساً وجب بالسراية نصف الدية ، ولم يسقط أرض الجرح فيما إذا لم يعف ، وإنما تكملت الدية بالسراية .

فصل

٦٧٦٩

فإن كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى إلى النفس فلوايه القصاص ، لأن القصاص لم يجب في الجرح فلم يصح العفو عنه ، وإنما وجب القصاص بعد عفوه ، وله العفو عن القصاص ، وله كمال الدية ، ولو عفا عن دية الجرح صح ، وله بعد السراية دية النفس إلا أرض الجرح ، ولا يتمتع وجوب القصاص في النفس مع أنه لا يجب كمال الدية بالعفو عنه كما لو قطع يده فاندملت

واقترض منها ثم انتفضت وسرت إلى النفس فله القصاص في النفس وليس له العفو إلا على نصف الدية ، وإن قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ثم سرى ، فعلى قول أبي بكر لا يسقط القصاص في النفس ، لأن القصاص لم يجب فهو كالجائنة ، ومن جوز له القصاص من السكوع أسقط القصاص في النفس ، كما لو كان القطع من السكوع ، وقال المزني : لا يصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله ، فلو قطع يداً فعفا عن ديتها وقصاصها ، ثم اندملت لم تسقط ديتها ، وسقط قصاصها لأن القصاص قد وجب فيها ، فصح العفو عنه بخلاف الدية وليس بصحيح ، لأن دية الجرح إنما وجبت بالجناية إذ هي السبب ، ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل موته كان أرش الطرف لباثمه لا لمشتريه ، وتأخير المطالبة به لا يلزم منه عدم الوجوب ، وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا تملك المطالبة به ، ويصح العفو عنه كذا همنا .

فصل

٦٧٧٠

فإن قطع يده فعفا عنه ، ثم عاد الجاني فقتله فلوليه القصاص وهذا ظاهر مذهب الشافعي . قال بعضهم : لا قصاص . لأن العفو حصل عن بعضه ، فلا يقتل به ، كما لو سرى القطع إلى نفسه .

ولنا : أن القتل انفرد عن القطع ، فعفوه عن القطع لا يمنع ما يلزم بالقتل كما لو كان القاطع غيره ، وإن اختار الدية فقال القاضي : إن كان العفو عن الطرف إلى غير دية فله بالقتل نصف الدية ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، لأن القتل إذا تعقب^(١) الجناية قبل الاندمال كان كالسرابة ، ولذلك لو لم يعرف لم يجب أكثر من دية ، والقطع يدخل في القتل في الدية دون القصاص ، ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل ، ولو صار الأمر إلى الدية لم يجب إلا دية واحدة . وقال أبو الخطاب : له العفو إلى دية كاملة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لأن القطع منفرد عن القطع ، فلم يدخل حكم أحدهما في الآخر ، كما لو اندمل ، ولأن القتل موجب للقتل فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو . وفارق السرابة فإنها لم توجب قتلاً ، ولأن السرابة عفى عن سببها والقتل لم يعف عن شيء منه ، ولا عن سببه ، وسواء فيما ذكرنا كان للعافي عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها .

فصل

٦٧٧١

وإن قطع أصبعاً فعفا المجنى عليه عن القصاص ، ثم سرت الجناية إلى الكف ، ثم اندمل الجرح لم يجب القصاص لما ذكرنا في النفس ، ولأن القصاص سقط في الأصبع بالعفو فصارت لليد ناقصة لا تؤخذ

(١) في ٣٩ : إذا أعقب .

بها [اليد]^(١) الكاملة ، ثم إن كان العفو إلى الدية وجبت الدية كلها ، وإن كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما إذا قطع يداً فعفا المجنى عليه ، ثم سرى إلى نفسه ، فعلى هذا تجب هنا دية الكف لادية الأصبع . ذكره أبو الخطاب ، وهو مذهب الشافعي . وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أن لا يجب شيء ، وهو قول أبي يوسف ومحمد . لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها . وقد قال القاضي : إن القياس فيما إذا قطع اليد ، ثم سرى إلى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك همنا .

فصل

٦٧٧٢

فإن قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفو ، ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في ظاهر كلام أحمد ، وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية . ومن قال بصحة عفو الجروح عن دمه : مالك ، وطاوس ، والحسن ، وقتادة ، والأوزاعي . وقال أصحاب الشافعي : إذا قال : عفوت عن الجناية ، وما يحدث منها ففيه قولان :

أحدهما : أنه وصية فيبني على الوصية للقاتل ، وفيه قولان . أحدهما : لا يصح . فتجب دية النفس إلا دية الجرح . والثاني : يصح . فإن خرجت من الثلث سقط ، وإلا سقط منها ما خرج من الثلث ، ووجب الباقي .

والقول الثاني : ليس بوصية ، لأنه إسقاط في الحياة فلا يصح ، ويلزمه دية النفس إلا دية الجرح .

ولنا : أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لم يخرج ، لأن موجب الامد القود في إحدى الروايتين ، أو أحد شيئين في الرواية الأخرى ، فما تعينت الدية ولا تعينت الوصية بمال ، ولذلك صح العفو من النفس إلى غير مال ، وأما جناية الخطأ فإذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث ، سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غيرها ، فإن خرجت من الثلث صح عفو في الجميع ، وإن لم يخرج من الثلث سقط عفو من ديتها ما احتمله الثلث ، وبهذا قال مالك ، والثوري ، أصحاب الرأي ونحوه قال عمر بن عبد العزيز ، والأوزاعي ، وإسحق ، لأن الوصية همنا بمال .

فصل

٦٧٧٣

فإن اختلف الجاني والولى أو المجنى عليه ، فقال الجاني : عفوت مطلقاً ، وقال المجنى عليه : بل عفوت

إلى مال ، أو قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها . [أو] قال : بل عفوت عنها دون ما يحدث منها ،
فالقول قول المجنى عليه أو وليه إن كان الخلاف معه ، لأن الأصل عدم العفو عن الجميع ، وقد ثبت العفو
عن البعض بإقراره فيكون القول في عدم سقوطه قوله .

مسألة

٦٧٧٤

قال : (وإذا اشترك الجماعة في القتل فأحب الأولياء أن يقتلوا الجميع فلم ذلك ، وإن أحبوا أن
يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض ، وبأخذوا الدية من الباقيين فلم ذلك) .

أما قتلهم للجميع فقد ذكرناه فيما مضى ، وأما إن أحبوا قتل البعض فلم ذلك ، لأن كل من لم
قتله فلم العفو عنه كالمفرد ، ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لأنهما شخصان ، فلا يسقط
القصاص من أحدهما بإسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلا ، وأما إذا اختاروا أخذ الدية من
القاتل أو من بعض القتلة ، فإن لم هذا من غير رضا الجاني ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين
والشافعي وعطاء ومجاهد وإسحق وأبو ثور وابن المنذر . وقال النخعي ومالك وأبو حنيفة : ليس للأولياء
إلا القتل ، إلا أن يصطاحا على الدية برضا الجاني . وعن مالك رواية أخرى كقولنا ، واحتجوا بقوله
تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ)^(١) والمكتوب لا يتخير فيه ، ولأنه مطلق يجب به الأبدل فكان
بدله معينا كسائر أبدال المقتلات .

ولنا : قول الله تعالى (فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ)^(٢)
قال ابن عباس^(٣) : كان في بني إسرائيل القصاص ، ولم يكن فيهم الدية فأمر الله تعالى هذه الآية
(كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ) الآية - (فمن عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ) فالعفو أن تقبل في العمد
الدية^(٤) (فاتباع بالمعروف) يتبع الطالب بالمعروف ويؤدي إليه المطلوب بإحسان (ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ
رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ)^(٥) مما كتب على من قبلكم رواه البخاري .

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ . (٢) سورة المائدة آية ١٧٨ .

(٣) لفظ البخاري ج ٦ ص ٢٩ د عن مجاهد قال : سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول : كان في
بني إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية فقال الله تعالى هذه الآية : كتب عليكم القصاص في القتل الحر
بالحر والعبد بالعبد والآن بالآن فم عفي له من أخيه شيء فالعفو أن يقبل الدية في العمد فاتباع بالمعروف
وأداء إليه بإحسان ، يتبع بالمعروف ويؤدي إليه المطلوب بإحسان (ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ)
فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم قتل بعد قبول الدية ، (ف)

(٤) سورة البقرة آية ١٧٨ (٥) سورة البقرة آية ١٧٨ .

وروى أبو هريرة قال : قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما يقاد ^(١) متفق عليه .

وروى أبو شريح : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل ، وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلًا فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » رواه أبو داود وغيره . ولأن القتل المضمون إذا سقط فيه القصاص من غير إبراء ثبت المال ، كما لو عفا بعض الورثة ، ويخالف سائر المتلفات لأن بدلها يجب من جنسها ، وهمنا يجب في الخطأ وعدم الخطأ من غير الجنس ، فإذا رضى في العمد ببذل الخطأ كان له ذلك ، لأنه أسقط بمض حقه ولأن القاتل أمكفه بإحياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ما ذكره بما إذا كان رأس الشاج أصفر ، أو يد القاطع أنقص فإنهم سلموا فيهما .

فصل

٦٧٧٥

واختلفت الرواية في موجب العمد فروى عن أحمد رحمه الله أن موجب القصاص عينا لقوله عليه السلام « من ^(٢) قتل عمدا فهو قود » ولما ذكره في دليلم ، وروى أن موجب أحد شيئين القصاص أو الدية لما ذكرناه قبل هذا ولأن الدية أحد بدلي النفس فكانت بدلا عنها لا عن بدلها كالقصاص . وأما الخبر فالمراد به وجوب القود ، ونحن نقول به ، ويخالف القتل سائر المتلفات ، لأن بدلها لا يختلف بالقصد وعدمه والقتل بخلافه . وللشافعي قولان كالأروايتين ، فإذا قلنا : موجب القصاص عينا فله العفو إلى الدية والعفو مطلقا فإذا عفا مطلقا لم يجب شيء ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بمضمون : يجب الدية لثلا بطل الدم وليس بشيء ، لأنه لو عفا عن الدية بمد وجوبها صح عفو . وإن عفا عن القصاص بغير مال لم يجب شيء . فأما إن عفا عن الدية لم يصح عفو ، لأنها لم تجب ، وإن قلنا : الواجب أحد شيئين لا بعينه فمعا عن القصاص مطلقا أو إلى الدية وجبت الدية ، لأن الواجب غير معين ، فإذا ترك أحدهما وجب الآخر ، وإن اختار الدية سقط القصاص ، وإن اختار القصاص تعين ، وهل له بمد ذلك العفو على الدية ؟ قال القاضي : له ذلك ، لأن القصاص أعلى ، فكان له الانتقال إلى الأدنى ، ويكون بدلا عن القصاص ، وليست التي وجبت بالقتل كما قلنا في الرواية الأولى أن الواجب القصاص عينا ، وله العفو إلى الدية ، ويحتمل أنه ليس له ذلك ، لأنه أسقطها باختياره القود فلم يعد إليها .

(١) أخرجه البخاري ج ٩ ص ٦ وسلم ج ٢ ص ٩٨٩ (ف)

(٢) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٩٠ (ف)

٦٧٧٦

فصل

وإذا جنى عبد على حر جنابة موجبة للقصاص فاشتراه المجنى عليه بأرش الجنابة سقط القصاص ، لأن عدوله إلى الشراء اختيار المال ، ولا يصح الشراء لأنهما إن لم يعرفا قدر الأرض فالتن مجهول وإن عرفا عدد الإبل وأسنانها فصفتها مجهولة والجهل بالصفة كالجهل بالذات في فساد البيع . ولذلك لو باعه شيئاً بحمل جذع غير معروف الصفة لم يصح ، وإن قدر الأرض بذهب أو فضة وباعه به صح^(١) .

٦٧٧٧

فصل

إذا وجب القصاص لصغير لم يجز لوليه العفو إلى غير مال ، لأنه لا يملك إسقاط حقه ، وإن أحب العفو إلى مال وللصبي كفاية من غيره لم يجز ، لأن فيه تقويت حقه من غير حاجة ، فإن كان فقيراً محتاجاً ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لحاجته إلى المال لحفظه ، قال القاضى : هذا أصح . والثانى : لا يجوز لأنه لا يملك إسقاط قصاصه . وأما حاجته فإن نفقته في بيت المال والصحيح الأول ، فإن وجوب النفقة في بيت المال لا يفيئيه إذا لم يحصل ، فأما إن كان مستحق القصاص مجنوناً فقيراً فلوليه العفو على المال ، لأنه ليست حالة معتادة ينتظر فيها رجوع عقله .

٦٧٧٨

فصل

ويصح عفو المفسد والحجور عليه لسفه عن القصاص ، لأنه ليس بمال ، وإن أراد المفسد القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه ، وإن أحب العفو عنه إلى مال فله ذلك ، لأن فيه حظاً للغرماء ، وإن أراد العفو على مال ، انبنى على الروايتين ، إن قلنا : الواجب القصاص فله ذلك ، لأنه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء ، وإن قلنا : الواجب أحد شيئين لم يملك ، لأن المال يجب بقوله عفو عن القصاص ، فقوله على غير مال إسقاط له بعد وجوبه وتعيينه ولا يملك ذلك . وهكذا الحكم في السفينة ووارث المفسد ، وإن عفا المريض على غير مال فذكر القاضى في موضع : أنه يصح ، سواء خرج من التلث أو لم يخرج . وذكر أن أحمد نص على هذا ، وقال في موضع : يعتبر خروجه من ثلثه ، ولعله ينبى على الروايتين في موجب للعمد على ما مضى .

٦٧٧٩

فصل

وإذا قتل من لا وارث له فالأمر إلى السلطان ، فإن أحب القصاص فله ذلك ، وإن أحب العفو على

مال فله ذلك ، وإن أحب العفو إلى غير مال لم يملكه لأن ذلك للمسلمين ، ولاحظ لهم في هذا ، وهذا قول أصحاب الرأي ، إلا أنهم لا يرون العفو على مال إلا برضا الجاني .

فصل

٦٧٨٠

وإذا اشترك الجماعة في القتل فمعا عنهم إلى الدية فعليه دية واحدة ، وإن عفا عن بعضهم فعلى المفعو عنه قسطه من الدية ، لأن الدية بدل المحل ، وهو واحد ، فتكون دية واحدة ، سواء أذلفه واحد أو جماعة . وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى : أن على كل واحد دية كاملة ، لأن له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة ، كما لو قطع الأعور عين صحيح ، فإنه تجب عليه دية عيفه ، وهو دية كاملة . والصحيح الأول ، لأن الواجب بدل المتلف ، فلا يختلف المتلف ، ولذلك لو قتل عبد قيمته ألفان حرراً لم يملك العفو على أكثر من الدية . وأما القصاص فإنه عقوبة على الفعل فيتمدد بتمدد .

مسألة

٦٧٨١

قال : « وإن قتل من للأولياء أن يقيموا به فبذل القاتل أكثر من الدية على ألا يقاد فللأولياء قبول ذلك » .

وجاءته : أن من له القصاص له أن يصالح عنه بأكثر من الدية وبقدرها وأقل منها ، لا أعلم فيه خلافاً ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من قتل عمداً دُفع إلى أولياء المقتول ، فإن شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا أخذوا الدية ثلاثين حقة^(١) ، وثلاثين جذعة^(٢) ، أو أربعين خلفة^(٣) ، وما صولحوا عليه فهو لهم ، وذلك لتشديد القتل » . رواه الترمذي . وقال : حديث حسن غريب . وروينا « أن هذبة بن خشرم قتل قتيلاً ، فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه ، فأبى ذلك وقتله » . ولأنه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه ، كالصداق . وعوض الخلع ، ولأنه صلح مما لا يجري فيه الربا ، فأشبهه الصلح عن المروض .

(١) الحقة : مالها ثلاث سنين ودخلت في الرابعة سميت بذلك لأنها استحققت أن تتركب ويحمل عليها ويطلقها الفحل . (ف)

(٢) الجذعة : مالها أربع سنين سميت بذلك لإسقاط سننها وقال الجوهري : هو اسم له في زمن ليس بسن تثبت ولا تسقط . (ف)

(٣) الخلفة : الحامل إلى نصف أجلها ثم هي عشر . (ف)

٦٧٨٢

مسألة

قال : ﴿ وإذا أمسك رجلاً وقتله آخر ، قتل القاتل وحبس الماسك حتى يموت ﴾

يقال : أمسك ، ومَسَكَ ، ومَسَكَ ، وقد جمع الحرق بين اللغتين فقال : إذا أمسك وحبس الماسك ، وهو اسم للفاعل من مسك مخففاً . ولا خلاف في أن القاتل يقتل . لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق . وأما الممسك فإن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء عليه ، لأنه متسبب ، والقاتل مباشر ، فسقط حكم المتسبب به ، وإن أمسكه له ليقضه مثل أن ضبطه له حتى ذبحه له ، فاختلفت الرواية فيه عن أحد . فروى عنه : أنه يحبس حتى يموت . وهذا قول عطاء ، وربيعة . وروى ذلك عن علي ، وروى عن أحد : أنه يقتل أيضاً ، وهو قول مالك . قال سليمان بن أبي موسى : الإجماع فيما أن يقتل ، لأنه لو لم يمسه ما قدر على قتله ، وبإمساكه تمكن من قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما ، فيكونان شريكين فيه ، فيجب عليهما القصاص ، كما لو جرحاه . وقال أبو حنيفة والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر : يعاقب ويأثم ، ولا يقتل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله » ^(١) . والممسك غير قاتل ، ولأن الإمساك سبب غير ملجئ ، فإذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر ، كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله .

ولنا : ما روى الدارقطني بإسناده عن ابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل ، ويحبس الذي أمسك » ولأنه حبسه إلى الموت فيحبس الآخر إلى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإننا نفعل به ذلك حتى يموت .

٦٧٨٣

فصل

وإن اتبع رجلاً ليقضه فمهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثاني فقتله نظرت فإن كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقضه الثاني فعليه القصاص في القطع وحكمه في القصاص في النفس حكم الممسك لأنه حبسه على القتل وإن لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذي أمسكه غير عالم . وفيه وجه آخر ليس عليه إلا القطع بكل حال والأول أصح لأنه الحابس له بفعله فأشبهه الحابس بإمساكه .

فإن قيل : لم اعتبرتم قصد الإمساك ههنا ، وأنتم لا تعتبرون لإرادة القتل في الخارج ؟

(١) هو من حديث أخرجه أحمد وابن حبان عن عبد الله بن عمرو ونصه « إن أعتى الناس عند الله ثلاثة رجل قتل في الحرم ورجل قتل غير قاتله ، ورجل قتل بذحل الجاهلية ، والدحل بوزن النار لفظاً ومعنى . (ف)

قلنا : إذا مات من الجرح قدم مات من سرايته وأثره ، فنعتبر قصد الجرح الذى هو السبب دون قصد الأثر . وفى مسألتنا إنما كان موته بأمر غير السراية ، والفعل يمكن له عليه ، فاعتبر قصده لذلك الفعل ، كما لو أمسكه .

فصل

٦٧٨٤

قال : **ومن أمر عبده أن يقتل رجلاً وكان العبد أعجمياً لا يعلم أن القتل محرم قتل السيد ، وإن كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدب السيد .**

وإنما ذكر الخرق كونه أعجمياً — وهو الذى لا يفصح — ليتحقق منه الجهل . وإنما يسكون الجهل فى حق من نشأ فى غير بلاد الإسلام ، فأما من أقام فى بلاد الإسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ، ولا بمذر فى فعله ، ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل فاقصاص عليه ، ويؤدب سيده لأمره بما أفضى إلى القتل بما يراه الإمام من الحبس والتعزير . وإن كان غير عالم بخطره فاقصاص على سيده ، ويؤدب العبد . قال أحمد : يضرب ويؤدب . ونقل عنه أبو طالب قال : يقتل الولي ، ويحبس العبد حتى يموت ، لأن العبد سوط المولى وسيفه . وكذا قال على ، وأبو هريرة . وقال على رضى الله عنه : يستودع السجن . ومن قال بهذه الجملة الشافعى . ومن قال إن السيد يقتل على ، وأبو هريرة . وقال قتادة : يقتلان جميعاً . وقال سليمان بن موسى : لا يقتل الأمر ، ولكن [يؤخذ على] يديه ويماقب ويحبس ، لأنه لم يباشر القتل ولا أجنباً إليه فلم يجب عليه قصاص كما لو علم العبد خطر القتل .

وانسا : أن العبد إذا كان غير عالم بخطر القتل فهو معتقد بإباحته ، وذلك شبهة تمنع القصاص ، كما لو اعتقده صيداً فرماه فبان إنساناً . ولأن حكمة القصاص الردع والزجر ، ولا يحصل ذلك فى معتقد الإباحة . وإذا لم يجب عليه وجب على السيد ، لأنه آله^(١) له لا يمكن إيجاب القصاص عليه ، فوجب على المتسبب به ، كما لو أنهشه حية أو كلباً ، أو ألقاه فى زبية أسد فأكله . ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فإن القصاص على العبد ، لإمكان إيجابه عليه ، وهو مباشر له ، فاقطع حكم الأمر كالمدافع مع الحافر ، ويسكون على السيد الأدب لتعديده بالتسبب إلى القتل .

فصل

٦٧٨٥

ولو أمر صبيّاً لا يميز أو مجنوناً أو أعجمياً لا يعلم خطر القتل فالحكم فيه كالحكم فى العبد ، يقتل الأمر دون المباشر ، ولو أمره بزنا أو سرقة لم يجب الحد على الأمر ، لأن الحد لا يجب إلا على المباشر ،

(١) فى ٣٩ : آله لغيره .

والقصاص يجب بالتسبب ، ولذلك وجب بالتسبب ، ولذلك وجب على المكره والشهود في القصاص .

٦٧٨٦

فصل

ولو أمر السلطان رجلاً بقتل آخر فإن كان القاتل يعلم أنه لا يستحق قتله فالقصاص عليه دون الأمر ، لأنه غير معذور في فعله ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخلاق » ^(١) . وعنه عليه السلام أنه قال : « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله تعالى فلا تطيعوه » ^(٢) . فلزمه القصاص كالأمر غير السلطان فإن لم يعلم ذلك فالقصاص على الأمر دون المأمور ، لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الإمام فيما ليس بمعصية ، والظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق . وإن أمره غير السلطان من الرعية بالقتل فقتل فالتقود على الأمور بكل حال ، علم أو لم يعلم ، لأنه لا يلزمه طاعته ، وليس له القتل بحال ، بخلاف السلطان ، فإن إليه القتل للردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ، ويستوفى القصاص للناس ، وهذا ليس إليه شيء من ذلك . وإن أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما ، وإن وجبت الدية كانت عليهما ، فإن كان الإمام يعتقد جواز القتل دون المأمور كسلم قتل ذمياً أو حر قتل عبداً فقتله فقال القاضي : للضمان عليه دون الإمام ، لأن الإمام أمره بما أدى اجتهاده إليه ، والمأمور لا يعتقد جوازه ، فلم يكن له أن يقبل أمره . فإذا قتله لزمه الضمان ، لأنه قتل من لا يحل له قتله ، وينبغي أن يفرق بين العاصي والمجتهد ، فإن كان مجتهداً فالحكم فيه على ما ذكره القاضي ، وإن كان مقلداً فلا ضمان عليه ، لأن له تقليد الإمام فيما رآه ، وإن كان الإمام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الأمر ، كالأمر للسيد الذي لا يمتنع تحريم القتل به والله أعلم .

(١) أخرجه أحمد والحاكم عن عمران والحكم بن عمرو الغفاري . (ف)

(٢) أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم عن أبي سعيد . (ف)

كتاب الديات

الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فقول الله تعالى : « وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا » ^(١) الآية .

وأما السنة فروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمر بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن ، فيه الفرائض والسنن والديات ، وقال فيه : « وإن في النفس مائة من الإبل » . رواه النسائي في سننه ، ومالك في موطنه . قال ابن عبد البر : وهو كتاب مشهور عند أهل السير ، ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد ، لأنه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضع من الباب إن شاء الله ، وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجلة .

مسألة

٦٧٨٧

قال أبو القاسم رحمه الله : « ودية الحر المسلم مائة من الإبل » .

أجمع أهل العلم على أن الإبل أصل في الدية ، وأن دية الحر المسلم مائة من الإبل ، وقد دلت عليه الأحاديث الواردة منها حديث عمرو بن حزم ، وحديث عبد الله بن عمر في دية خطأ العمدة ، وحديث ابن مسعود في دية الخطأ ، وسند كرها إن شاء الله . وظاهر كلام الخرق أن الأصل في الدية الإبل لا غير ، وهذا لإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله ، ذكر ذلك أبو الخطاب ، وهو قول طاوس ، والشافعي ، وابن المنذر ، وقال القاضي : لا يختلف المذهب أن أصول الدية الإبل ، والذهب ، والورق ، والبقر ، ولغنم . فهذه خمسة لا يختلف المذهب فيها . وهذا قول عمر ، وعطاء ، وطاوس ، وفقهاء المدينة السبعة ، وبه قال الثوري ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، لأن عمرو بن حزم روى في كتابه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن : « وأن في النفس المؤمنة مائة من الإبل ، وعلى أهل الورق ألف دينار » ^(٢) . رواه النسائي .

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

(٢) قوله : « وعلى أهل الورق ألف دينار » ، هكذا في طبعة رشيد ج ٩ ص ٨١ ، والفق ج ٧ ص ٧٥٩ والورق بكسر الراء الفضة ، والصواب كما في النسائي ج ٨ ص ٥٨ « وعلى أهل الذهب ألف دينار » ، (ف)

وروى ابن عباس : « أن رجلا من بنى عدى قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم دينه اثني عشر ألفاً » . رواه أبو داود ، وابن ماجه . وروى الشعبي أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال : « ألا إن الإبل قد غلت ، فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفي شاة ، وعلى أهل الحلال مائتي حلة » رواه أبو داود .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتييل السوط والمصا مائة من الإبل »^(١) . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين دية العمد والخطأ ، فقلط بعضها وخفف بعضها ، ولا يتحقق هذا في غير الإبل ، ولأنه بدل متلف حقاً لآدمي فكان متعيفاً كموض الأموال . وحديث ابن عباس يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الورق بدلا عن الإبل ، والخلاف في كونها أصلا . وحديث عمرو بن شعيب يدل على أن الأصل الإبل ، فإن إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الإبل ، ولو كانت أصولا بنفسها لم يكن إيجابها تقويماً للإبل ، ولا كان لغلاء الإبل أثر في ذلك ، ولا لذكره^(٢) معنى .

وقد روى : أنه كان يقوم الإبل قبل أن تغلو بمائتي ألف درهم ، ولذلك قيل : إن دية الذي أربعة آلاف درهم ، ودينه نصف الدية ، فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف درهم .

فصل

٦٧٨٨

فإذا قلنا : هي خمسة أصول ، فإن قدرها من الذهب ألت منقال ، ومن الورق اثنا عشر ألف درهم ، ومن البقر والحلال مائتان ، ومن الشاة ألفان ، ولم يختلف القائلون بهذه الأصول في قدرها من الذهب ولا من سائرهما إلا الورق ، فإن الثوري وأبا حنيفة وصاحبيه قالوا : قدرها عشرة آلاف من الورق ، وحكى ذلك عن ابن شبرمة ، لما روى الشعبي أن عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف ، ولأن الدينار معدول في الشرع بعشرة دراهم ، بدليل أن نصاب الذهب عشرون مثقالا ، ونصاب الفضة مائتان ، وبما ذكرناه قال الحسن ، وعروة ، ومالك ، والشافعي ، في قول . وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن

(١) أخرجه أبو داود والنسائي عن عبد الله بن عمرو . (ف)

(٢) في ٣٩ : ولا كان لذكره معنى .

عباس ، لما ذكرنا من حديث ابن عباس ، وحديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده عن عمر^(١) ولأن الدينار معدول باثني عشر درهماً ، بدليل أن عمر فرض الجزية على الغنى أربعة دنانير ، أو ثمانية . وأربعين درهماً ، وعلى المتوسط دينارين ، أو أربعة وعشرين درهماً ، وعلى الفقير ديناراً ، أو اثني عشر^(٢) درهماً . وهذا أولى مما ذكره في نصاب الزكاة ، ولأنه لا يلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولاً بنصاب الآخر ، كما أن السائمة من بهيمة الأنعام ليس نصاب شيء منها معدولاً بنصاب غيره . قال ابن عبد البر ليس مع من جعل الدية عشرة آلاف عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث مسند ، ولا مرسل ، وحديث الشعبي عن عمر بخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه .

فصل

٦٧٨٩

وعلى هذا أي شيء أحضره من عليه الدية من القاتل أو المقاتلة من هذه الأصول لزم الولي أخذه ، ولم يكن له المطالبة بغيره ، سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن ، لأنها أصول في قضاء الواجب تجزئ واحد منها ، فكانت الخيرة إلى من وجبت عليه كحصول الكفارة ، وكشافي^(٣) الجبران في الزكاة مع الدرام ، وإن قلنا : الأصل الإبل خاصة ، فعليه تسليمها إليه سليمة من العيوب ، وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فلا آخر منعه ، لأن الحق متمين فيها ، فاستحقت كالثل في الثلثيات المتلفة ، وإن أهوزت الإبل ولم توجد إلا بأكثر من ثمن الثل فله العدول إلى ألف دينار ، أو اثني عشر ألف درهم ، وهذا قول الشافعي القديم ، وقال في الجديد : تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، لحديث عمرو بن شعيب [عن أبيه عن جده] عن عمر في تقويم الإبل ، ولأن ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال ، ولأن الإبل إذا أجزأت إذا قلت قيمتها ، ينبئ أن تجزئ وإن كثرت قيمتها ، كالدينارين إذا غلت أو رخصت . وهكذا ينبئ أن نقول إذا غلت الإبل كلها ، فأما إن كانت الإبل موجودة بضمن مثلها إلا أن

(١) في ١٨ : عن جده عبد الله بن عمرو وهو خطأ . للسياق الماضي واللاحق .

(٢) في طبعه رشيد ج ٩ ص ٤٨٣ والفتح ج ٧ ص ٧٦٠ ، أو اثنا عشر درهماً ، والصواب أو (اثني عشر) لأنه معطوف على منصوب (ف)

(٣) الجبران : شاتان أو عشرون درهماً لحديث أنس عن أبي بكر في فرائض الصدقة التي فرضها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه د فن بلغت عنده صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فإنها تقبل منه ويجعل معها شاتين إن استيسر له أو عشرين درهماً ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده إلا جذعة فإنها تقبل منه ويعطيه المصدق عشرين درهماً أو شاتين ، أخرجه أحمد والنسائي وأبو داود ، والجبران يأخذه المصدق (آخذ الصدقة) إن وجد دون سن الصدقة فإن لم يجد إلا أعلى دفعه المصدق (ف)
(٤٧ - المغنى - ٨)

هذا لم يجدها لتكونها في غير بلده ونحر ذلك ، فإن عمر قوم^(١) الدية من الدراهم اثني عشر ألفاً^(٢) وألف^(٣) دينار .

فصل

٦٧٩٠

وظاهر كلام الخرقى أنه لا تعتبر قيمة الإبل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها قلت قيمتها أو كثرت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى وذكر أصحابنا أن ظاهر مذهب أحد : أن تؤخذ مائة قيمة كل بعير منها مائة ، وعشرون درهماً ، فإن لم يقدر على ذلك أدى اثني عشر ألف درهم ، وألف دينار . لأن عمر قوم الإبل على أهل الذهب ألف مثقال ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً ، فدل على أن ذلك قيمتها ، ولأن هذه أبدال محل واحد ، فيجب أن تساوى في القيمة كالثلث والقيمة في بدل القرض ، والمتاف في المتاليات .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « في النفس المؤمنة^(٤) مائة من الإبل » وهذا مطلق فتقييده بخلاف إطلاقه فلم يجوز إلا بدليل ، ولأنها كانت تؤخذ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيمتها ثمانية آلاف ، وقول عمر في حديثه إن الإبل قد غات قومها على أهل الورق اثني عشر ألفاً ، دليل على أنها في حال رخصها أقل قيمة من ذلك ، وقد كانت تؤخذ في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من ولاية عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فإيجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين دية الخطأ والعمد ، ففاظ دية العمد ، وخفف دية الخطأ .

وأجمع عليه أهل العلم ، واعتبارها بقيمة واحدة نسوية بينهما . وجمع بين ما فرقه الشارع ، وإزالة للتخفيف والتقليظ جميعاً ، بل هو تقليظ لدية الخطأ ، لأن اعتبار ابن^(٥) مخاض بقيمة ثنية^(٦) أوجذعة

(١) في ١٨ : فإن قيمة . . اثنا .

(٢) في طبعة رشيد ج ٩ ص ٤٨٤ والفق ج ٧ ص ٧٦١ (وألف دينار ، بالواو والصواب) أو ألف دينار) بـ (أر) (ف)

(٣) في ١٨ و ٣٩ : أو ألف دينار جاز .

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب عمرو بن حزم (ف)

(٥) (ابنة مخاض) كما في النرح الكبير ج ٩ ص ٥١٥ وبنت المخاض ما تم لها سنة سميت بذلك لأن أمها قد حملت والمخاض الحامل وممر مريض لها بغالب أوالها لأنه شرط (ف)

(٦) في النهاية لابن الأثير ج ١ ص ١٣٦ (والثنية من الغنم ما دخل في السنة الثالثة ومن البقر كذلك ومن الإبل في السادسة والذكر ثني وعلى مذهب أحمد بن حنبل ما دخل من المعز في الثانية ومن البقر في الثالثة) (ف)

يشق جداً ، فيكون تغليظاً للدية في الخطأ ، وتحقيقاً للدية العمد ، وهذا خلاف ما قصده الشارع ، وورد به ، ولأن العادة نقص قيمة بغات الخاض عن قيمة الحقائق والجدعات ، فلو كانت تؤدي على عهد النبي صلى الله عليه وسلم بقيمة واحدة ويعتبر ذلك فيها لنقل ولم يحز الإخلال به ، لأن ما ورد به الشرع مطلقاً إنما يحمل على العرف والمادة ، فإذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وإيضاحه لئلا يكون تلبساً في الشريعة ، وإيهامهم أن حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة ، والنبي صلى الله عليه وسلم بعث للبيان قال الله تعالى (لَتُبَيِّنَنَّ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ)^(١) فكيف يحمل قوله على الإلباس والإلغاف ؟ هذا مما لا يحل ، ثم لو حمل الأمر على ذلك لكان الأسنان مبيهاً غير مفيد فإن فائدة ذلك إنما هو كون اختلاف أسنانها مظنة لاختلاف القيم ، فأقيم مائة . . . ولأن الإبل أصل في الدية فلا تعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق ، ولأنها أصل في الوجوب ، فلا تعتبر قيمتها كالإبل في السلم ، وشاة الجبران ، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا ؛ فإن الإبل كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر ، وقيمتها أقل من اثني عشر ألفاً ، وقد قيل إن قيمتها كانت ثمانية آلاف ، ولذلك قال عمر : دية السكتاني أربعة آلاف ، وقولهم إنما أبدل محل واحد ، فلما أن نمنع ونقول : البديل إنما هو الإبل ، وبغيرها معتبر بها ، وإن سلمنا فهو منتهى بالذهب والورق فإنه لا يعتبر تساويهما ، وينتقص أيضاً بشاة الجبران مع الدراهم ، وأما بدل القرض والمكلف فلإنما هو المثل خاصة ، والقيمة بدل عنه ، ولذلك لا تجب إلا عند المعجز عنه بخلاف مسألتنا .

فإن قيل : هذا حجة عليهم . لكم لقولكم إن الإبل هي الأصل ، وبغيرها بدل عنها ، فيجب أن يساويها كالمثل والقيمة . قلنا : إذا ثبت لنا هذا ينبغي أن يقوم غيرها بها ، ولا تقوم هي بغيرها ، لأن البديل يتبع الأصل ، ولا يتبع الأصل البديل ، على أننا نقول إنما صير^(٢) إلى التقدير بهذا لأن عمر رضي الله عنه قومها في وقته بذلك ، فوجب المصير إليه ، كيلا يؤدي إلى التنازع والاختلاف في قيمة الإبل الواجبة ، كما قدر ابن المصراة^(٣) بصاع من التمر نفعاً للتنازع في قيمته ، فلا يوجب هذا أن يرد الأصل إلى التقويم فيفضي إلى عكس حكمة الشرع ، ووقوع التنازع في قيمة الإبل مع وجوبها بغيرها ، على أن المعقب في بدلي القرض مساواة^(٤) المحل المقرض ، فاعتبر مساواة كل واحد من بدليه له ، والدية غير معتبرة بقيمة المكلف ، ولهذا لا تعتبر صفاته ، وهكذا قول أصحابنا في تقويم البقر والشاة والحمل ، ويجب أن يكون مبلغ الواجب من كل صنف منها اثني عشر ألفاً ، فتسكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهما ، وقيمة كل شاة ستة دراهم ، لتساوي الأبدال كلها ، وكل حلة بردتان ، فيكون أربعائة برد .

• • •

(١) سورة النحل آية ٤٤ . (٢) في ١٨ : إنما صرنا .

(٣) هي التي يحبس لبنها في ضرعها . لتغلو قيمتها :

(٤) في الشرح الكبير ج ٩ ص ١٦٥ (مساواة المقرض) . (ف)

٦٧٩١

فصل

ولا يقبل في الإبل . معيب ولا أعرج ، ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس إبله ولا لإبل بلده .
وقال القاضي وأصحاب الشافعي : الواجب عليه من جنس إبله ، سواء كان القاتل أو العاقلة ، لأن وجوبها
على سبيل المواساة ، فيجب كونها من جنس مالهم كالزكاة ، فإذا كان عند بعض العاقلة عراب ، وعند
بعضهم بخاتي ، أخذ من كل واحد من جنس ما عنده ، وإن كان عند واحد صنفان ففيه وجهان :
أحدهما : يؤخذ من كل صنف بقسطه . والثاني : يؤخذ من الأكثر . فإن استويا دفع
من أيهما شاء .

فإن دفع من غير إبله خيراً من إبله أو مثلها جاز ، كالو أخرج في الزكاة خيراً من الواجب ، وإن
كان أدون لم يقبل ، إلا أن يرضى المستحق . وإن لم يكن له إبل فمن غالب إبل البلد ، فإن لم يكن
في البلد إبل وجب من غالب إبل أقرب البلاد إليه ، فإن كانت إبله محجاً أو مراضاً كلف تحصيل
صالح من جنس ما عنده ، لأنه بدل متلف ، فلا تؤخذ فيه معيبة كقيمة الثوب المتلف ، ونحو هذا قال
أصحابنا في البقر والغنم .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » أطلق الإبل ، فمن قيدها
احتاج إلى دليل ، ولأنها بدل المتلف ، فلم يختص بجنس ماله كبديل سائر لمقتلقات ، ولأنها حق ليس سببه
المال ، فلم يعتبر كونه من جنس ماله كالمسلم فيه والقرض . ولأن المقصود بالدية جبر المفوت ، والجبر
لا يختص بجنس مال من وجب عليه .

وفارق الزكاة ، فإنها وجبت على سبيل المواساة ليشترك الفقراء الأغنياء فيما أنعم الله تعالى به عليهم ،
فاقتضى كونه من جنس أموالهم ، وهذا بدل متلف ، فلا وجه لتخصيصه بماله . وقولهم : إنها مواساة
غير صحيح ، وإنما وجبت جبراً للقائات ، كبديل المال المتلف . وإنما العاقلة تواسى القاتل فيما وجب
بجنايته ، ولهذا لا يجب من جنس أموالهم إذا لم يكونوا ذوي إبل ، والواجب بجنايته إبل مطلقة ،
فتواسيه في تحملها ، ولأنها لو وجبت من جنس مالهم لوجبت الرخصة من المراض ، والصغيرة من
الصغار كالزكاة .

٦٧٩٢

مسألة

قال : (وإن كان القاتل عمداً فهي في مال القاتل حالة أربعاً : خمس وعشرون بنات مخاض ، وخمس
وعشرون بنات لبون ، وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) .

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل ، لا تحملها العاقلة ، وهذا ^(١) قضية الأصل ، وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف ، وأرش الجناية على الجاني . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا ينجى ^(٢) جان إلا على نفسه » وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده : ^(٣) « ابنك هذا ؟ » قال : نعم . قال : « أما إنه لا ينجى عليك ولا ينجى عليه » ولأن موجب الجناية أثر فعل الجاني ، فيجب أن يختص بضررها ، كما يختص بنفعها ، فإنه لو كسب كان كسبه له دون غيره ، وقد ثبت حكم ذلك في سائر الجنايات والأكساب ، وإنما خولف هذا الأصل في قتل المذنب فيه لسكثرة الواجب ، وعجز الجاني في الغالب عن تحمله ، مع وجوب الكفارة عليه ، وقيام عذره تخفيفاً عنه ، ورفقاً به ، والامام لا عذر له ، فلا يستحق التخفيف ، ولا يوجد فيه المعنى المقتضى المواساة في الخطأ ، إذا ثبت هذا فإنها تجب حالة ، وبهذا قال مالك ، والشافعي وقال أبو حنيفة : تجب في ثلاث سنين ، لأنها دية آدمي ، فكانت مؤجلة كدية شبه العمد .

ولنا : أن ماوجب بالعمد المحض كان حالاً كاقصاص وأرش أطراف العمد . ولا يشبه شبه العمد ، لأن القاتل مذكور ، لسكونه لم يقصد القتل ، وإنما أفضى إليه من غير اختيار منه ، فأشبهه الخطأ ، ولهذا تحمله العاقلة ، ولأن القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية ، وحلوا أداء مال مواساة ^(٤) ، فالأرفق بحالهم التخفيف عنهم . وهذا موجود في الخطأ وشبه العمد على السواء .
وأما العمد فإنما يحمله الجاني في غير حال العذر ، فوجب أن يكون ملحقاً ببديل سائر المتلفات .

ويتصور الخلاف منه فيما إذا قتل ابنه ، أو قتل أجنبياً ، وتمذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم ، أو غير ذلك . واختلفت الرواية في مقدارها . فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع كذا ذكر الخرق . وهو قول الزهري ، وربيعه ، ومالك ، وسليمان بن يسار ، وأبي حنيفة . وروى ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعمون خلفه في بطونها أولادها . وبهذا قال عطاء ، ومحمد بن الحسن ، والشافعي . وروى ذلك عن عمر ، وزيد ، وأبي موسى ، والمغيرة ، لما روى عمرو بن شبيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول ، فإن شاءوا قتلوه ، وإن شاءوا أخذوا الدية ، وهي ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة وأربعمون خلفه ، وما صولحوا عليه فهو لهم » . وذلك لتشديد القتل . رواه الترمذي ، وقال : هو

(١) في ٨١ : وهذه .

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث عمرو بن الاحوص (ف)

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والفساني والحاكم من رواية أبي رمة (ف)

(٤) في ١٨ : أداء المال .

حديث حسن غريب ، وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل ، منها أربعون خلفه في بطونها أولادها » رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهم ، وعن عمرو بن شعيب : « أن رجلاً يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله ، فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة ، وثلاثين جذعة ، وأربعين خلفه » رواه مالك في موطئه . ووجه الأول ما روى الزهري عن الصائب بن يزيد قال : كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعاً : خمساً وعشرين جذعة ، وخمساً وعشرين حقة ، وخمساً وعشرين بنت لبون ، وخمساً وعشرين بنت مخاض ، ولأنه قول ابن مسعود ، ولأنه حق يتعلق بجنس الحيوان ، فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والأخمية .

فصل

٦٧٩٣

والخلفة : الحامل ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « في بطونها أولادها » تأكيد ، وقلماً تحمل إلا ثنية ، وهي التي لها خمس سفين ، ودخلت في السادسة . وأداة حملت فهي خلفه تجزىء في الدية ، وقد قيل : لا تجزىء إلا ثنية ، لأن في بعض ألفاظ الحديث : « أربعون خلفه ما بين ثنية^(١) عامها إلى بازل^(٢) » ، ولأن سائر أنواع الإبل مقدرة للسن ، فكذلك الخلفة ، والذي ذكره القاضي هو الأولى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق الخلفة ، والخلفة هي الحامل ، فيقتضي أن تجزىء كل حامل ، ولو أحضرها خلفه فأسقطت [حامها] قبل قبضها فعليه بدلها ، فإن أسقطت^(٣) بعد قبضها أجزأت ، لأنه يرى منها بدفعها .

فصل

٦٧٩٤

فإن اختلفا في حملها رجع إلى أهل الخبرة ، كما يرجع في حمل المرأة إلى القوابل ، وإن تسلمها الولي ثم قال : لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها ، وقال الجاني : بل قد ولدت عندك ، نظرت ، فإن قبضها يقول أهل الخبرة فالقول قول الجاني ، لأن الظاهر إصابتهم ، وإن قبضها بغير قولهم فالقول قول الولي ، لأن الأصل عدم الحمل .

(١ ، ٢) الحديث أخرجه أبو داود والنسائي عن عقبة بن أوس عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وفي النسائي ج ٨ ص ٤١ وفيها أربعون ثنية إلى بازل عامها كلين خلفه ، وفي شرحه قال : و ثنية ما دخلت في السادسة ، (إلى بازل عامها) متعلق بثنية وذلك في ابتداء السنة التاسعة وليس بعده اسم بل يقال بازل عام وبازل عامين (خلفه) بفتح فكسر هي الناقة الحاملة إلى نصف أجلها ثم هي عشار . (٣) في المخطوطات : فإن أسقطته .

مسألة

٦٧٩٥

قال : وإن كان القتل شبه عمد فكما وصفت في أسنانها ، إلا أنها على العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها .

وجعلته أن القول في أسنان دية شبه العمد كالقول في دية العمد سواء في اختلاف الروايتين فيها ، واختلاف العلماء فيها ، وقد سبق الكلام في ذلك إلا أنها تخالف العمد في أمرين :

أحدهما : أنها على العاقلة في ظاهر المذهب ، وبه قال الشعبي ، والنخعي ، والحكم ، والشافعي ، والثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال ابن سيرين ، والزهرى ، والحارث المكي ، وابن شبرمة ، وقتادة ، وأبو ثور : هي على القاتل في ماله ، واختاره أبو بكر عبد العزيز ، لأنها موجب فعل قصده ، فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ، ولأنها دية مغلظة ، فأشبهت دية العمد ، وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك ، لأن شبه العمد عنده من باب العمد .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال : « اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداها الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، ف قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها » متفق عليه . ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصاً ، فوجب دية على العاقلة كالخطأ .

ويخالف العمد المحض ، لأنه يماثل من كل وجه قصده العمل ، وإرادته القتل ، وعمد الخطأ يماثل من وجه وهو قصده العمل ، ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل ، فاقضى تغليظها من وجه وهو الأسنان ، وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ، ولا أعلم في أنها تجب مؤجلة خلافاً من أهل العلم ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عباس رضی الله عنهم . وبه قال الشعبي ، والنخعي ، وقتادة ، وأبو هاشم ، وعبد الله بن عمر ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقد حكى عن قوم من الخوارج أنهم قالوا : الدية حالة ، لأنها بدل متلف ، ولم ينقل إلينا ذلك عن يمد خلافة خلافاً ، وتخالف الدية سائر المتلفات ، لأنها تجب على غير الجاني على سبيل الموائمة له ، فافتضت الحكمة تخفيفها عليهم . وقد روى عن عمر وعلى أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ، ولا يخالف لهما في عصرهما فكان إجماعاً .

فصل

٦٧٩٦

ويجب في آخر كل حول ثلثها ، ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : ابتداءها من حين حكم الحاكم ، لأنها مدة مختلف فيها فكان ابتداءها من حين حكم الحاكم كمدة العنة .

وانسا : أنه مال مؤجل ، فكان ابتداء أجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ، ولا نسلم الخلاف فيها ، فإن الخوارج لا يعتمد بخلافهم .

إذا ثبت هذا فإن كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت ، سواء كان قتلا موجبا أو عن سرية جرح ، وإن كان الواجب دية جرح نظرت ، فإن كان عن جرح اندمل من غير سرية ، مثل أن قطع يده فبرأت بعد مدة ، فابتداء المدة من حين القطع ، لأن تلك حالة الوجوب ، ولهذا لو قطع يده وهو ذمي فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودى . وأما إن كان الجرح ساريا مثل أن قطع أصبعه فسرى ذلك إلى كفه ، ثم اندمل ، فابتداء المدة من حين الاندمال ، لأنها إذا سرت فما استقر الأرض إلا عند الاندمال . هكذا ذكر القاضى ، وأصحاب الشافعى . وقال أبو الخطاب : تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما ، لأن الأرض لا يستقر إلا بالاندمال فيهما .

فصل

٦٧٩٧

وإذا كان الواجب دية فإنها تقسم في ثلاث سنين ، في كل سنة ثلثها ، سواء كانت دية النفس ، أو دية الطرف ، كدية جرح الأنف ، أو الأذنين ، أو قطع الذكر ، أو الأثنين . وإن كان دون الدية نظرنا . فإن كان ثلث الدية كدية المأمومة أو الجانفة وجب في آخر السنة الأولى ، ولم يجب منه شيء حالا ، وإن كان نصف الدية أو ثلثها كدية اليد أو دية المنغرين وجب الثلث في آخر السنة الأولى ، والباقي في آخر السنة الثانية . وإن كان أكثر من الثلاثين كدية ثمان أصابع وجب الثلثان في السنتين ، والباقي في آخر الثالثة . وإن كان أكثر من دية مثل أن ذهب سمع إنسان ففي كل سنة ثلث ، لأن الواجب لو كان دون الدية لم ينقص في السنة عن الثلث ، فكذلك لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث . وإن كان الواجب بالجنابة على اثنين^(١) وجب لكل واحد ثلث في كل سنة لأن كل واحد له دية ، فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه . وإن كان الواجب دون ثلث الدية كدية الأصبع لم تحمله العاقلة ، لأنها لا تحمّل مادون الثلث ، ويجب حالا ، لأنه بدل متلف لا تحمله ، فكان حالا كالجنابة على المال .

فصل

٦٧٩٨

وفي الدية الناقصة كدية المرأة والكتابي وجهان :

أحدهما : تقسم في ثلاث سنين ، لأنها بدل النفس ، فأشبهت الدية للكمال . والثانى : يجب منها في العام الأول قدر ثلث الدية الكاملة ، وباقيها في العام الثانى ، لأن هذه تنقص عن الدية ، فلم تقسم

(١) في ١٨ : لاثنين .

في ثلاث سنين كأرش للطرف . وهذا مذهب أبي حنيفة ، وللشافعي كالوجهين .

وإن كانت الدية لا تبلغ ثلث الدية الكاملة كدية الجوسي ، وهو ثمانمائة^(١) درهم ، ودية الجنين ، وهي خمس من الإبل ، لم تحمله المأقلة ، لأنها لا تحمل مادون الثلث ، فأشبهه دية السن والموضحة ، إلا أن يقتل الجنين مع أمه ، فتحملة المأقلة ، لأنها جناية واحدة ، وتكون دية الأم على الوجهين . فإن قلنا^(٢) هي في عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الأم في العام الأول ، لأنها دية أخرى ، ويحتمل أن نجب مع باقي دية الأم في العام الثاني . وإن قلنا دية الأم في ثلاث سنين ، فهل تجب دية الجنين في ثلاثة أعوام أولاً ؟ على وجهين . فإذا قلنا بوجوبها في ثلاث سنين ، وجبت في السنين التي وجبت فيها دية الأم ، لأنهما ديتان لمستحقين فيجب في كل سنة ثلث ديتهما وثلاث ديته ، ويحتمل أن تجب في ثلاث سنين أخرى ، لأن تلفها موجب جناية واحدة .

مسألة

٦٧٩٩

قال : (وإن كان القتل خطأ كان على المأقلة مائة من الإبل ، تؤخذ في ثلاث سنين ، أخماساً . عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون . بنات لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة) .

لا يختلف المذهب في أن دية الخطأ أخماساً كما ذكر الخرقى . وهذا قول ابن مسعود ، والنخعي ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال عمر بن عبد العزيز ، وسليمان بن يسار ، والزهري ، والليث ، وربيعه ، ومالك ، والشافعي : هي أخماس ، إلا أنهم جعلوا مكان بنت مخاض بنت لبون . وهكذا رواه سعيد في سننه عن النخعي ، عن ابن مسعود . وقال الخطابي : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ودّى^(٣) الذي قتل بخيبر بمائة من إبل الصدقة ، وليس في أسنان الصدقة ابن مخاض . وروى عن علي ، والحسن ، والشامي ، والحاتم المكي ، وإسحاق : أنها أربع كدية العمدة سواء . وعن زيد : أنها ثلاثون حقة ، وثلاثون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون بنت مخاض . وقال طاوس : ثلاثون حقة ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ذكور ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل ثلاثون بنت

(١) في ٣٩ : وهي ثمانمائة درهم .

(٢) في المطبوعة : بأن قلنا . خطأ .

(٣) أخرجه البخاري عن سهل بن أبي حشمة ج ٩ ص ١١ . (ف)

مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشر^(١) بنى لمرن ذكور . رواه أبو داود وابن ماجه . وقال أبو ثور : الديات كلها أخماس كدية الخطأ ، لأنها بدل متلف ، فلا تختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات . وحكى عنه : أن دية العمد مغالطة ، ودية شبه العمد والخطأ أخماس ، لأن شبه العمد تحمله المارقة ، فكان أخماساً كدية الخطأ .

ولنا : ما روى عبد الله بن مسعود ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « في دية الخطأ عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنى مخاض » . رواه أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه ، ولأن ابن لبون يجب على طريق البديل عن ابنة مخاض في الزكاة إذا لم يجدها ، فلا يجمع بين البديل والبديل في واجب ، ولأن موجههما واحد ، فيصير كأنه أوجب أربعين ابنة مخاض ، ولأن ما قلناه الأقل ، فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل ، فأما دية قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه ، لأنهم لم يذموا على أهل خيبر قتله إلا بعداً ، فتكون دية دية العمد ، وهى من أسنان الصدقة ، والخلاف في دية الخطأ . وقول أبي ثور يخالف الآثار المروية التي ذكرناها فلا يعول عليه .

فصل

٦٨٠٠

ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن دية الخطأ على المارقة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وقد ثبتت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية الخطأ على المارقة ، وأجمع أهل العلم على القول به ، وقد جمل النبي صلى الله عليه وسلم دية عمد الخطأ على المارقة بما قد روينا من الأحاديث . وفيه تنبيه على أن المارقة تحمل دية الخطأ ، والمعنى في ذلك : أن جنایات الخطأ تسكر ، ودية الآدمي كثيرة ، فإيجابها على الجاني في ماله يحجب به ، فاقتضت الحكمة إيجابها على المارقة على سبيل المواساة للقاتل ، والإعانة له تحتيفاً عنه ، إذا كان معذراً في فعله ، وينفرد هو بالكفارة .

فصل

٦٨٨١

ولا خلاف بينهم في أنها مؤجلة في ثلاث سنين ، فإن عمر وعلياً رضي الله عنهما جملا دية الخطأ على المارقة في ثلاث سنين ، ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً ، فأجمعهم على ذلك أهل العلم ، ولأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة . وكل دية تحملها المارقة تجب مؤجلة لما ذكرنا ، ومالا تحمله

(١) في طبعة رشيد ج ٩ ص ٤٩٦ والفق ج ٧ ص ٧٧٠ (وعسر) والصواب (وعشرة) كما في سنن أبي داود ج ٢ ص ٤٩١ وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٣٨ . (ف)

العاقلة يجب حالاً لأنه بدل متلف ، فلزم المتلف حالاً كقيم المتلفات ، وفارق الذي تحمله العاقلة ، فإنه يجب مواساة^(١) فألزم التأجيل تخفيفاً على متعمده ، وعدل به عن الأصل في التأجيل ، كما عدل به عن الأصل في إلزامه غير الجاني .

فصل

٦٨٨٢

ولا يلزم القاتل شيء من الدية^(٢) . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : هو كواحد من العاقلة ، لأنها وجبت عليهم إعانة له ، فلا يزيدون عليه فيها ولنا : ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه . وهذا يقتضي أنه قضى بجميعها عليهم ، ولأنه قاتل لم تلزمه الدية ، فلم يلزمه بعضها ، كما لو أسره الإمام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه بحق ، فبان مظلوماً ، ولأن الكفارة تلزم القاتل في ماله ، وذلك بعدل قسطه من الدية ، وأكثر منه ، فلا حاجة إلى إيجاب شيء من الدية عليه .

فصل

٦٨٨٣

والكفارة في مال القاتل لا بدخها تحمل . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : تكون في بيت المال ، لأنها تسكر ، فأيجابها في ماله يحذف به .

ولنا : أنها كفارة ، فلا تجب على غير من وجد منه سببها ، كسائر الكفارات ، وكما لو كانت صوماً ، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني ، ولا يسكر عنه بفعل غيره . ويفارق الدية ، فإنها إنما شرعت لجبر الحل ، وذلك يحصل بها كفيماً كان ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لما قضى بالدية على العاقلة لم يسكر عن القاتل ، وما ذكروه لا أصل له ، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه .

أحدهما : أن الدية لم تجب في بيت المال ، لأنها إنما وجبت على العاقلة ، ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفاً لحكم الأصل .

الثاني : أن الدية كثيرة ، فأيجابها على القاتل يحذف به ، والكفارة بخلافها .

الثالث : أن الدية وجبت مواساة للقاتل ، وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة ، فأيجابها على غيره يقطع المواساة ، ويوجب على غير الجاني أكثر مما وجب عليه ، وهذا لا يجوز .

(١) في ١٨ : على سبيل المواساة .

(٢) أي حينما تحملها العاقلة .

٦٨٠٤

فصل

وذكر أصحابنا : أن الدية تغلظ بثلاثة أشياء . إذا قتل في الحرم ، والشهور الحرم ، وإذا قتل محرماً ، وقد نص أحمد رحمه الله على التغليظ على من قتل محرماً في الحرم ، وفي الشهر الحرام . فأما إن قتل ذا رجم محرم فقال أبو بكر : تغلظ دية ، وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ ، وقال أصحاب الشافعي : تغلظ بالحرم والأشهر الحرم ، وذو الرحم الحرم . وفي التغليظ بالإحرام وجهان . ومن روى عنه التغليظ : عثمان ، وابن عباس ، والسميدان^(١) . وعطاء وطاوس ، والشمي ، ومجاهد ، وسليمان ابن يسار ، وجابر ابن زيد ، وقتادة ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق . واختلف القائلون بالتغليظ في صفته . فقال أصحابنا : تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية ، فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت دية . قال أحمد في رواية ابن منصور فيمن قتل محرماً في الحرم وفي الشهر الحرام : فعليه أربعة وعشرون ألفاً . وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ .

وقال أصحاب الشافعي : صفة للتغليظ إيجاب دية العمد في الخطأ لا غير ، ولا يتصور التغليظ في غير الخطأ ، ولا يجمع بين تغليظين . وهذا قول مالك . إلا أنه^(٢) يغلظ في العمد . فإذا قتل ذا رحم محرم عمداً فعليه ثلاثون حقه ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفه . وتغليظها في الذهب والورق أن يظفر قيمة أسنان الإبل غير مقلطة ، وقيمتها مقلطة ، ثم يحكم بزيادة ما بينهما ، كأن [كانت] قيمتها مخففة ستمائة وفي العمد ثمانمائة ، وذلك ثلث الدية المخففة . وعند مالك : تغلظ على الأب والأم والجد دون غيرهم ، واحتجوا على صفة التغليظ بما روى عن عمر رضي الله عنه أنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقه ، وثلاثين جذعه ، وأربعين خلفه . ولم يزد عليه في العدد شيئاً وهذه قصة اشتهرت فلم تنسك ، فكانت إجماعاً ، ولأن ما أوجب التغليظ أوجب في الأسنان دون القدر كالضمان ، ولا يجمع بين تغليظين ، لأن ما أوجب التغليظ بالضمان إذا اجتمع سببان تداخلا ، كالحرم والإحرام في قتل الصيد ، وعلى أنه لا يغلظ بالإحرام أن الشرع لم يرد بتغليظه .

واحتج أصحابنا بما روى ابن أبي نجيح أن امرأة وطئت في الطواف [فماتت] فقضى عثمان رضي الله عنه فيها بسطة آلاف ، وألفين تغليظاً للعهر . وعن ابن عمر ، أنه قال : من قتل في الحرم ، أو ذا رحم أو في الشهر الحرام ، فعليه دية وثلاث . وعن ابن عباس : أن رجلاً قتل رجلاً في الشهر الحرام ، وفي البلد الحرام ، فقال : دية اثنا عشر ألفاً ، وللشهر الحرام أربعة آلاف ، وللبلد الحرام أربعة آلاف . وهذا مما

(١) هما : سميد ابن جبير ، وسميد بن المسيب .

(٢) في ٣٩ : إلا أنه قال : يغلظ في العمد .

يظهر وينتشر ، ولم ينكر ، فثبت إجماعاً . وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث ، ولأنه قول التابعين القائلين بالتغليظ ، واحتجوا على التغليظ في العمد : بأنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه في العمد مع عدم العذر أولى . وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ في بدل الطرف بهذه الأسباب ، لأن ما أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف كاملاً ، وظاهر كلام الخرق أن الدية لا تغلظ بشيء من ذلك . وهو قول الحسن ، والشعبي ، والنخعي ، وأبي حنيفة ، والجوزجاني ، وابن المنذر . وروى ذلك عن الفقهاء السبعة ، وعمر بن عبد العزيز ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل ، لم يزد هل ذلك ، وعلى أهل الذهب ألف »^(١) . وفي حديث أبي شريح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وأنتم يا خراعة ، قد قتلتم : هذا القتل من هذيل ، وأنا والله عاقله ، من قتل له قتيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قبلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » . وهذا القتل كان بمكة في حرم الله تعالى ، فلم يزد النبي صلى الله عليه وسلم على الدية ، ولم يفرق بين الحرم وغيره . وقول الله عز وجل : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رُقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)^(٢) يقتضي أن الدية واحدة في كل مكان وفي كل حال ، ولأن عمر رضي الله عنه أخذ من ققادة المدلجي دية ابنه ولم يزد على مائة .

وروى الجوزجاني بإسفاذه عن أبي الزناد ، أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء ، فكان مما أحبي من تلك والسنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم ، أن ناساً كانوا يقولون : إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف ، فتسكون ستة عشر ألف درهم ، فألقى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء^(٣) ، وأثبتها اثني عشر ألف درهم في الشهر الحرام ، والبلد الحرام وغيرهما . قال ابن المنذر : وليس بثابت ما روى عن الصعابة في هذا ، ولو صح فقول عمر يخالفه ، وقوله أولى من قول من خالفه ، وهو أصح في الرواية مع موافقه الكتاب والسنة والقياس .

فصل

٦٨٠٥

ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم ، وقال أصحاب الشافعي : تغلظ الدية بالقتل في المدينة على قوله القديم ، لأنها مكان محرم صيده فأشبهت الحرم . وليس بصحيح ، لأنها ليست محلاً للمناسك ، فأشبهت سائر

(١) أخرجه النسائي وفيه د وعلى أهل الذهب ألف دينار ، (ف)

(٢) أخرجه أبو داود عن أبي شريح السلمي (ف)

(٣) سورة النساء آية ٩٢ .

(٤) تقليد جليل سابق لعصره ، يعتبر من بركات الإسلام وسابقات حكمه الاوائل وهو استعراض

القوانين بين الحين والحين . رحم الله ابن عبد العزيز .

البلدان ، ولا يصح قياسها على الحرم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال : ^(١) « أي بلد هذا ؟ أليست البلدة الحرام ؟ قال فإن دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » . وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إن أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم ، ورجل قتل غير قاتله ، ورجل قتل بذخ ^(٢) الجاهلية » وتحريم الصيد ليس هو العلة في التغليظ ، وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم ، فإنه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ، ولا يحرم الرعي فيه ، ولا الاحتشاش منه ، ولا ما يحتاج إليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه .

مسألة

٦٨٠٦

قال ﴿ والعاقلة لا تحمل العبد ، ولا العمد ، ولا الصلح ، ولا الاعتراف . ولا مادون الثلث ﴾ .
في هذه المسألة خمس مسائل :

المسألة الأولى

٦٨٠٧

أن العاقلة لا تحمل العبد ، بمعنى إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته في مال القاتل ، ولا شيء على عاقلة خطأ كان أو عمداً ، وهذا قول ابن عباس ، والشعبي ، والثوري ، ومكحول ، والنعيمي ، والبتي ، ومالك ، والليث ، وابن أبي ليلى ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وقال عطاء ، والزهري ، والحاكم ، وحماد ، وأبو حنيفة : تحمله العاقلة لأنه آدمي يجب بقتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر وعن الشافعي كالذاهبين ووافقنا أبو حنيفة في دية أطرافه .

ولنا : ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً » . وروى عن ابن عباس ^(٣) موقوفاً عليه ، ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً ، فيكون إجماعاً ، ولأن الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته ، فلم تحمله العاقلة كسائر القيم . ولأنه حيوان لا تحمل العاقلة قيمة أطرافه ، فلم تحمل الواجب في نفسه كالفرس ، وبهذا فارق الحر .

المسألة الثانية

٦٨٠٨

أنها لا تحمل العمد ، سواء كان مما يجب القصاص فيه ، أو لا يجب ، ولا خلاف في أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص ، وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بكل حال . وحكى عن مالك : أنها تحمل الجفائات التي لا قصاص فيها ، كالأمومة والجائفة ، وهذا قول قتادة ، لأنها جنابة لا قصاص فيها ، أشبهت جنابة الخطأ .

(١) أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي عن جابر (ف)

(٢) أخرجه البيهقي عنه .

(٣) ذجل كثراً لفظاً ومعنى (ف)

ولنا : حديث ابن عباس ، ولأنها جناية عمد ، فلا تحملها العاقلة كاللوجب للقصاص ، وجناية الأب على ابنه ، ولأن حل العاقلة إنما يثبت في الخطأ ، لكون الجاني معذوراً تخفيفاً عنه ، ومواساة له ، والعمد غير معذور ، فلا يستحق التخفيف ، ولا المعاونة ، فلم يوجد فيه المقتضى ، وبهذا فارق العمد الخطأ ، ثم يبطل ما ذكره بقتل الأب ابنه ، فإنه لا قصاص فيه ، ولا تحمله العاقلة .

فصل

٦٨٠٩

وإن اقتص بمحيدة مسمومة فسرى إلى النفس ففيه وجهان :

أحدهما : تحمله العاقلة ، لأنه ليس بعمد محض ، أشبه عمداً الخطأ . والثاني : لا تحمله ، لأنه قتله بآلة يقتل مثلها غالباً ، فأشبهه من لا قصاص له .

ولو وكل في استيفاء القصاص ثم عفا عنه ، فقتله الوكيل من غير علم بمفوه ، فقال القاضي : لا تحمله العاقلة ، لأنه عمد قتله ، وقال أبو الخطاب : تحمله العاقلة ، لأنه لم يقصد الجناية ، ومثل هذا يعد خطأ ، بدليل ما لو قتل في دار الحرب مسلماً بظنه حريباً ، فإنه عمد قتله ، وهو أحد نوعي الخطأ ، وهذا أصح ، ولأصحاب الشافعي وجهان كمذين .

فصل

٦٨١٠

وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة ، وقال الشافعي في أحد قوايه : لا تحمله ، لأنه عمد يجوز تأديبهما عليه ، فأشبهه القتل من البالغ .

ولنا : أنه لا يتحقق منهما اكمال القصد ، فتحمله العاقلة كشبه العمد ، ولأنه قتل لا يوجب القصاص لأجل العذر ، فأشبهه الخطأ . وشبهه الله ، وبهذا فارق ما ذكره ، ويبطل ما ذكره بشبه العمد .

المسألة الثالثة

٦٨١١

أنها لا تحمل الصلح . ومعناه أن يدعى عليه القتل فيمنكره ، ويصالح المدعى على مال ، فلا تحمله العاقلة ، لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره ، فلم تحمله العاقلة كالذي ثبت باعترافه ، وقال القاضي : معناه : أن يصالح الأولياء عن دم العمد إلى الدية ، والتفسير الأول أولى ، لأن هذا عمد ، فيستغنى عنه بذكر العمد . وعن قال : لا تحمل العاقلة الصلح : ابن عباس ، والزهرى ، والشمسي ، والنورى ، والليث ، والشافعي . وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ، ولأنه لو حملته العاقلة أدى إلى أن يصالح بمال غيره ، ويوجب عليه حتماً بقوله .

٦٨١٢

المسألة الرابعة

أنها لا تحمل الاعتراف ، وهو أن يقر الإنسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد ، فتجب الدية عليه ، ولا تحمله العاقلة ، ولا نعلم فيه خلافاً . وبه قال ابن عباس ، والشعبي ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهرى ، وسليمان بن موسى ، والثورى ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ، ولأنه لو وجب عليهم لوجب بإقرار غيرهم ، ولا يقبل إقرار شخص على غيره . ولأنه يثبت في أن يواطىء من يقول بذلك ، ليأخذ الدية من عاقلته ، فيقاسمه إياها .

إذا ثبت هذا : فإنه يلزمه ما اعترف به ، ونجب الدية عليه حالة في ماله في قول أكثرهم .

وقال أبو ثور ، وابن عبد الحكم : لا يلزمه شيء ، ولا يصح إقراره ، لأنه مقر على غيره ، لا على نفسه ، ولأنه لم يثبت موجب إقراره ، فكان باطلاً ، كما لو أقر على غيره بالقتل .

ولنا قوله تعالى : « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله » ^(١) ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال ، فصح إقراره كما لو أقر بإتلاف مال ، أو بما لا تحمل دية العاقلة ، ولأنه محل مضمون ، فيضمن إذا اعترف به كسائر المحال . وإنما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها ، فإذا لم تحملها وجبت عليه كفاية المرتد .

٦٨١٣

المسألة الخامسة

أنها لا تحمل مادون الثلث . وبهذا قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومالك ، وإسحاق ، وعبد العزيز ^(٢) ، وعمر بن أبي سلمة . وبه قال الزهرى . وقال : لا تحمل الثلث أيضاً ، وقال الثورى ، وأبو حنيفة : تحمل السن والموضحة وما فوقها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل المرأة التي في الجنين على العاقلة ، وقيمتها نصف عشر الدية ، ولا تحمل مادون ذلك ، لأنه ليس فيه أرش مقدر ، والصحيح عن الشافعى : أنها تحمل الكثير والقليل ، لأن من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد .

ولنا ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى في الدية لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل الأمومة ، ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني ، لأنه موجب جنائته ، ويدل مقتضاه ، فكان عليه كسائر المقتلات والجنايات ، وإنما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني ، لسكونه كثيراً يحذف به . قال

(١) سورة النساء آية ٩٢ . (٢) ١٨ و ٢٩ : وأبو بكر عبد العزيز .

النبي صلى الله عليه وسلم : «الثالث كثير»^(١) . فقيما دونه يبقى على قضية الأصل ، ومقتضى الدليل ، وهذا حجة على الزهرى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثالث كثيراً . فأما دية الجنين فلا تحملها العاقلة إلا إذا مات مع أمه من الضربة ، لتكون ديتهما جميعاً موجب جنابة تزيد على الثالث ، وإن سلمنا وجوبها^(٢) على العاقلة فلائها دية آدمى كاملة .

فصل

٦٨١٤

وتحمل العاقلة دية الطرف إذا بلغ الثالث . وهو قول من سمينا في المسألة التي قبل هذا .^(٣) وحكى عن الشافعى : أنه قال فى القديم : لا تحمل مادون الدية ، لأن ذلك يجرى مجرى ضمان الأموال ، بدليل أنه لا تجب فيه كفارة .

وانما قول عمر رضى الله عنه ، ولأن الواجب دية جنابة على حر تزيد على الثالث ، فحملتها للعاقلة كدية النفس . لأنه كثير يجب ضماناً لحر أشبه ما ذكرنا . وما ذكره يبطل بما إذا جنى على الأطراف بما يوجب الدية ، أو زيادة عليها .

فصل

٦٨١٥

وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها ، وتحمل من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل ، كدية أنفها . وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله للعاقلة . وكذلك الحكم فى دية الكتائبى . ولا تحمل دية الجوسى ، لأنها :ون الثالث ، ولا دية الجنين إن مات منفرداً أو مات قبل موت أمه ، نص عليه أحمد ، لأنه دون الثالث ، وإن مات مع أمه حملتها العاقلة ، نص عليه ، لأن وجوب ديتهما حصل فى حال واحدة بجنابة واحدة مع زيادتهما على الثالث ، فحملتهما العاقلة كالدية الواحدة .

فصل

٦٨١٦

وإن كان الجانى ذمياً فعقله على عصيته من أهل دينه المأهدين فى إحدى الروايتين . وهو قول الشافعى . وفى الأخرى : لا يتماقلون ، لأن العاقلة تثبت فى حق المسلم على خلاف الأصل تخفيفاً عنه ، ومعمونة له ، فلا يلحق به الكافر ، لأن المسلم أعظم حرمة ، وأحق بالمواساة والمعمونة من الذمى ، ولهذا

(١) قاله الرسول صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبى وقاص لما مرض وأراد أن يتصدق بأكثر من ثلث ماله والحديث أخرجه الجماعة . (ف)

(٢) فى ١٨ : بوجوبها .

(٣) وهم : سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومالك ، وإسحاق ، وعبد العزيز ، وعمر بن أبى سلمة .

(٤٩ — المفتى — ٨)

وجبت الزكاة على المسلمين مواساة لفقرائهم ، ولم تجب على أهل الذمة لفقرائهم ، فتبقى في حق الذي على الأصل .

ووجه الرواية الأولى : أنهم عصبية يرثونه ، فيمقلون عنه . كعصبية المسلم من المسلمين ، ولا يعقل عنه عصبية المسلمون ، لأنهم لا يرثونه ، ولا الحرييون لأن الموالاة والنصرة منقطعة بينهم . ويحتمل : أن يمقلوا عنه إذا قلنا إنهم يرثونه ، لأنهم أهل دين واحد يرث بعضهم بعضاً . ولا يعقل يهودى عن نصرانى ، ولا نصرانى عن يهودى ، لأنهم لا موالاة بينهم ، وهم أهل ملتين مختلفتين ، ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروایتين في توارثهما .

فصل

٦٨١٧

وإن تنصر يهودى أو تهود نصرانى ، وقلنا : إنه يقر عليه ، عقل عنه عصبته من أهل الدين الذى انتقل إليه ، وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم ؟ على وجهين وإن قلنا : لا يقر لم يعقل عنه أحد ، لأنه كالمرتد ، والمرتد لا يعقل عنه أحد ، لأنه ليس بمسلم فيمقل عنه المسلمون ، ولا ذمى فيمقل عنه أهل الذمة ، وتسكون جنابته في ماله ، وكذلك كل من لا تحمل عاقلته جنابته ، يكون موجبها في ماله كسائر الجنائيات التى لا تحملها العاقلة .

فصل

٦٨١٨

ولو رمى ذمى صيداً ثم أسلم ، ثم أصاب السهم آدمياً فقتله لم يعقله المسلمون ، لأنه لم يكن مسلماً حال رميه ، ولا المعاهدون ، لأنه قتله وهو مسلم ، فيكون في مال الجانى . وهكذا لو رمى وهو مسلم ثم ارتد ، ثم قتل السهم إنساناً لم يعقله أحد ، ولو جرح ذمى ذمياً ثم أسلم الجرح ومات الجرح ، وكان أرش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة ، وما زاد على أرش الجرح لا يحمله أحد ، ويكون في مال الجانى ، كما ذكرنا . وإن لم يكن أرش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجانى ، وكذلك الحكم إذا جرح مسلماً ثم ارتد . ويحتمل أن تحمل الدية كلها للعاقلة في المسألتين ، لأن الجنابة وجدت وهو ممن تحمل العاقلة جنابته ، ولهذا وجب القصاص في المسألة الأولى إذا كان عمداً ، ويحتمل ألا تحمل العاقلة شيئاً ، لأن الأرض إنما يستقر باندمال الجرح أو سراقته .

فصل

٦٨١٩

إذا تزوج عبد معتقة فأولدها أولاداً فولأزم لمولى أمهم ، وإن جنى أحدهم فالعقل على مولى أمه ، لأنه عصبته ووارثه ، فإن أعتق أبوه ثم سرت الجنابة ، أو رمى بسهم فلم يقع السهم حتى أعتق أبوه لم

يحمل عقله أحد ، لأن موالى الأم قد زال ولازم عنه قبل قتله ، وموالى الأب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنائته ، فتكون الدية عليه في ماله إلا أن يكون أرش الجرح مما تحمله العاقلة منفرداً ، فيخرج فيه مثل ما قلنا في المسألة التي قبلها .

فصل

٦٨٢٠

وإن جنى الرجل على نفسه خطأ أو على أطرافه ففيه روايتان .

قال القاضى : أظهرهما : أن على عاقلته دية لورثته إن قتل نفسه ، أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكثر من الثالث . وهذا قول الأوزاعى ، وإسحاق . لما روى أن رجلاً ساق حماراً فضربه بمضاً كانت معه ، فطارت منها شظية ففقت عينه ، فجعل عمر دية على عاقلته ، وقال : « هي يد من أيدي المسلمين لم يصيبها اعتداء على أحد » ولم نعرف له مخالفاً في عمره ، ولأنها جناية خطأ ، فكان عقلم على عاقلته ، كما لو قتل غيره . فعلى هذه الرواية إن كانت العاقلة الورثة لم يجب شيء ، لأنه لا يجب للإنسان شيء على نفسه ، وإن كان بعضهم وارثاً سقط عنه ما يقابل نصيبه ، وعليه ما زاد على نصيبه ، وله ما بقي إن كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه .

والرواية الثانية : جنائته هدر ، وهذا قول أكثر أهل العلم . منهم ربيعة ، ومالك ، والثوري ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وهى أصح ، لأن عامر بن الأكوع بارز مسرحياً يوم خيبر ، فرجع سؤفه على نفسه فمات ، ولم يبلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بدية ولا غيرها . ولو وجبت لبينه للنبي صلى الله عليه وسلم . ولأنه جنى على نفسه فلم يضممه غيره كالعمد ، ولأن وجوب الدية على العاقلة إنما كان مواساة للبعانى وتخفيفاً عنه ، وليس على الجانى همفاً . يحتاج إلى الإعانة والمواساة فيه ، فلا وجه لإيجابه . ويفارق هذا ما إذا كانت الجناية على غيره ، فإنه لو لم تحمله العاقلة لأجفف به وجوب الدية لسكرتها . فأما إن كانت الجناية على نفسه شبه عمد فهل تجرى مجرى الخطأ ؟ على وجهين . أحدهما : هى كالخطأ ، لأنها تساويه فيما إذا كانت على غيره .

والثانى : لا تحمله العاقلة ، لأنه لا عذر له فأشبه للعمد الخس .

فصل

٦٨٢١

وأما خطأ الإمام والحاكم فى غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته بغير خلاف إذا كان مما تحمله العاقلة ، وما حصل باجتهاده ففيه روايتان .

إحدهما : على عاقلته أيضاً ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء

فأجهضت جنينها ، فقال عمر لملى : عزمت عليك لا تبرح حتى ^(١) تقسمي على قومك ، ولأنه كان فـكان
خطؤه على عاقلته كثيره . . .

والثانية : هو في بيت المال ، وهو مذهب الأوزاعي ، والثوري ، وأبي حنيفة ، وإسحاق ، لأن
الخطأ يسكن في أحكامه واجتهاده . فإيجاب عقله على عاقلته ينحرف بهم ، ولأنه نائب عن الله تعالى في
أحكامه وأعماله ، فكان أرش جنائته في مال الله سبحانه ، وللشافعي قولان كالروايتين .

مسألة ٦٨٢٢

قال : (وإذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه ، فإن كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن
على سيده أكثر من قيمته) .

هذا في الجناية التي تؤدى بالمال ، إما لسكونها لا توجب إلا المال ^(٢) ، وإما لسكونها موجبة للقصاص
فعلى ^(٣) عنها إلى المال ، فإن جنابة العبد تتعلق برقبته إذا لا يخلو من أن تتعلق برقبته ، أو ذمته ، أو ذمة
سيده . أو لا يجب شيء ، ولا يمكن إلغاؤها ، لأنها جنابة آدمي ، فيجب اعتبارها كجنابة الحر . ولأن
جنابة الصغير والجنون غير ملزمة مع عذره ، وعدم تسكينه ، جنابة العبد أولى . ولا يمكن تعلّقها بذمته ،
لأنه يفضى إلى إلغائها ، أو تأخير حق الجنى عليه إلى غير غاية . ولا بذمة السيد ، لأنه لم يحن ، فتعين
تعلّقها برقبة العبد ، ولأن الضمان موجب جنائته ، فتعلق برقبته كالقصاص ، ثم لا يخلو . أرش الجنابة
من أن يسكن بقدر قيمته فما دون ، أو أكثر . فإن كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين أن يفديه بأرش
جنابته أو يسلمه إلى ولي الجنابة فيملكه . وبهذا قال الثوري ، ومحمد بن الحسن ، وإسحاق . وروى
ذلك عن الشعبي ، وعطاء ، ومجاهد ، وعروة ، والحسن ، والزهرى ، وحاد ، لأنه إن دفع أرش الجنابة
فهو الذي وجب للمجنى عليه ، فلم يملك المطالبة بأكثر منه . وإن سلم العبد فقد أدى الحل الذي تعلق
الحق به ، ولأن حق الجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها ، وإن طالب الجنى عليه بتسليمه
إليه وأبى ذلك سيده ، لم يجبر عليه ، لما ذكرنا ، وإن دفع السيد عبده فأبى الجاني قبوله ، وقال : بهـ
وادفع إلى ثمنه ، فهل يلزم للسيد ذلك ؟ على روايتين . وأما إن كانت الجنابة أكثر من قيمته ففيه روايتان :
إحداها : أن سيده مخير بين أن يفديه بقيمته ، أو أرش جنابته ، وبين أن يسلمه ، لأنه إذا أدى

(١) أخرجه البيهقي من حديث سلام عن الحسن البصري وفيه « أرى أن ديتك عليك لأنك أنت
أقرعتها فألتقيت ولدا من سبيك فأمر علياً أن يقسم عقله على قريش ، تلخيص الحبير ج ٤ ص ٣٧ (ف)
(٢) في ٣٩ : لا يجب فيها إلا المال .

(٣) في المطبوعة : فعفا . ورجعنا ، في ١٨ . وفي ٣٩ : فعفا الولي . .

قيمته ، فقد أدى قدر الواجب عليه ، فإن حق المجنى عليه لا يزيد على العبد ، فلم يلزمه أكثر من ذلك ، كما لو كانت الجناية بقدر قيمته .

والرواية الثانية : يلزمه تسليمه ، إلا أن يفديه بأرش جنائقه بالغة ما بلغت . وهذا قول مالك ، لأنه ربما إذا عرض للبيع فيه راغب بأكثر من قيمته ، فإذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجنى عليه . وللشافعي قولان كالروایتين . . . ووجه الرواية الأولى : أن الشرع قد جعل له فداءه ، فسكان له فداؤه ، وكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات .

فصل

٦٨٢٣

فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا ولي الجناية على أن يملك العبد لم يملكه بذلك ، لأنه إذا لم يملكه بالجناية ، فلا لا يملكه بالعفو أولى ولأنه أحد من عليه القصاص ، فلا يملكه بالعفو كالحر ، ولأنه إذا عفا عن القصاص انتقل حقه إلى المال ، فصار كالجاني جناية موجبة للمال . وفيه رواية أخرى أنه يملكه ، لأنه يملك استحقاق إتلافه ، فاستحقاق إبقاءه على ماله كعبد الجاني عليه .

فصل

٦٨٢٤

قال أبو طالب : سمعت أبا عبد الله يقول : إذا أسر غلامه مجنى ، فعليه ما جنى ، وإن كان أكثر من ثمنه [مثل] أن قطع يد حر فعليه دية يد الحر ، وإن كان ثمنه أقل . وإن أسره سيده أن يجرح رجلا فما جنى فعليه قيمة جنائقه ، وإن كانت أكثر من ثمنه ، ولأنه بأسره ، وكان على وأبو هريرة يقولان : إذا أسر عبده أن يقتل فإنما هو سوطه ، ويقتل المولى ، ويحبس العبد . وقال أحمد : حدثنا بهز ، حدثنا حماد بن سلمة ، حدثنا قتادة ، عن خلاص ، أن علياً قال : إذا أسر الرجل عبده فقتل إنما هو كسوطه أو كسيفه . يقتل المولى ، والعبد يستودع السجن . ولأنه فوت شيئاً بأسره ، فسكان على السيد ضمانه ، كما لو استدان بأسره .

فصل

٦٨٢٥

فإن جنى جنائيات بعضها بعد بعض ؛ فالجاني بين أولياء الجنائيات بالخصص . وبهذا قال الحسن ، وحاد ، وربيعة ، وأصحاب الرأي ، والشافعي . وروى عن شريح : أنه قال : يقضى به لآخرهم . وبه قال الشعبي ، وقتادة ، لأنها جنابة وردت على محل مستحق ، فقدم صاحبها على المستحق قبله ، كالجنابة على المملوك الذي لم يجن . وقال شريح في عبد شجر رجلا ثم آخر ، فقال شريح : يدفع إلى الأول ، إلا أن يفديه مولاه ، ثم يدفع إلى الثاني ، ثم يدفع إلى الثالث ، إلا أن يفديه الأوسط .

ولنا : أنهم تساووا في سبب تعلق الحق به ، فتساووا في الاستحقاق ، كما لو جنى عليهم دفعة واحدة ، بل لو قدم بعضهم كان الأول أولى ، لأن حقه أسبق . ولا يصح القياس على المالك ، فإن حق الجنى عليه أقوى ، بدليل أنهما لو وجدا دفعة واحدة قدم حق الجنى عليه ، ولأن حق الجنى عليه ثبت بغير رضا صاحبه عوضاً ، وحق المالك ثبت برضاه أو بغير عوض ، فافترا .

٦٨٢٦

فصل

وإن اعتق السيد عبده الجاني عتق ، وضمن ما تعلق به من الأرض ، لأنه أتلف محل الجناية على من تعلق حقه به ، فلزمه غرامته كما لو قتله . ويذنب قدر الضمان على الروابطين فيما إذا اختار إمساكه بعد الجناية ، لأنه امتنع من تسليمه بإعتاقه ، فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه . ونقل ابن منصور عن أحمد : أنه إن أعتقه عالماً بجنایته فعلية الهدية ، يعنى دية المقتول ، وإن لم يكن عالماً بجنایته فعلية قيمة العبد ، وذلك لأنه إذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه ، بخلاف ما إذا لم يعلم ، فإنه لم يختار الفداء لعدم علمه به ، فلم يلزمه أكثر من قيمة ما فوته .

٦٨٢٧

فصل

فإن باعه أو وهبه صح بيعه ، لما ذكرنا في البيع ، ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته ، فإن كان المشتري عالماً بحاله فلا خيار له ، لأنه دخل على بصيرة ، وبنتقل الخيار في فدائه وتسليمه إليه ، كالسيد الأول . وإن لم يعلم فله الخيار بين إمساكه وردده كسائر المبيعات .

٦٨٢٨

مسألة

قال (الماقلة : العمومة ، وأولادهم . وإن سفلوا ، في إحدى الروابطين عن أبي عبد الله . والرواية الأخرى : الأب ، والابن ، والإخوة ، وكل العصابة من الماكلة) .

الماكلة : من يحمل العقل . والعقل : الدية . تسمى عقلاً ، لأنها تعقل لسان ولي المقتول ، وقيل : إنما سميت الماكلة لأنهم يمنعون عن القاتل ، والعقل : المنع . ولهذا سمي بعض العلوم عقلاً ، لأنه يمنع من الإقدام على المضار . ولا خلاف بين أهل العلم في أن الماكلة العصابات ، وأن غيرهم من الإخوة من الأم وسائر ذوى الأرحام والزوج وكل من عدا العصابات ليسوا هم من الماكلة . واختلف في الآباء والبنين ! هل هم من الماكلة أولاً ؟ وعن أحد في ذلك روايتان .

إحداها : كل العصابة من الماكلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه وأخوته وعمومته وأبنائهم . وهذا

اختيار أبي بكر ، والشريف أبي جعفر . وهو مذهب مالك ، وأبي حنيفة ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن^(١) عقل المرأة بين عصبته ، من كانوا لا يرثون منها شيئاً ، إلا ما فضل عن ورثتها ، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها » . رواه أبو داود . ولأنهم عصبه ، فأشبهوا الإخوة ، بحقه : أن العقل موضوع على التناصر ، وهم من أهله ، ولأن العصبه في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب ، وآباؤه وأبناؤه أحق العصبات بميراثه ، فكانوا أولى بتحمل عقله .

والرواية الثانية : ليس آباؤه وأبناؤه من العاقله ، وهو قول الشافعي ، لما روى أبو هريرة قال : اقتتل امرأتان من هذيل ، فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاختمصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ف قضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم » . متفق عليه . وفي رواية « ثم ماتت القتالة ، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ، ميراثها لبنيتها ، والعقل على العصبه » . رواه أبو داود والنسائي . وفي رواية عن جابر ابن عبد الله قال : « فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلتها ، وبرأ زوجها وولدها . قال : فقالت عاقلة المقتولة : ميراثها لنا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ميراثها لزوجها وولدها » . رواه أبو داود .

إذا ثبت هذا في الأولاد قلنا عليه الوالد ، لأنه في معناه ، ولأن مال ولده ووالده كماله ، ولهذا لم تقبل شهادتهما له ولا شهادته لهما ، ووجب على كل واحد منهما الإنفاق على الآخر إذا كان محتاجاً والآخر موسراً ، وعق عليه إذا ملكه ، فلا تجب في ماله دية ، كما لم يجب في مال القاتل . وظاهر كلام الخرقى أن في الإخوة روايتين كالولد والوالد . وغيره من أصحابنا يحملونهم من العاقله بكل حال ، ولا أعلم فيه عن غيرهم خلافاً .

فصل

٦٨٢٩

فإن كان الولد ابن ابن عم ، أو كان الوالد والد^(٢) مولى ، أو عصبه مولى ، فإنه يعقل في ظاهر كلام أحمد . قاله القاضى . وقال أصحاب الشافعي : لا يعقل لأنه والد أو ولد ، فلم يعقل كالولم يكن كذلك .

ولنا : أنه ابن عم أو مولى ، فيعقل كالولم يكن ولداً ، وذلك لأن هذه القرابة أو الولاء سبب

(١) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٩٦ (ف)

(٢) في نسخة أركان الولد أو الوالد . هامش المطبوعة . ومثله في ١٨

يستقل بالحكم منفرداً ، فإذا وجد مع مالا يثبت به الحكم أنبته ، كما لو وجد مع الرحم المجرد ، ولأنه يثبت حكمه مع القرابة الأخرى ، بدليل أنه يلى نسكاحها ، مع أن الابن لا يلى النسكاح عندهم .

٦٨٣٠

فصل

وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب ، والمولى وعصبته ، ومولى المولى وعصبته ، وغيرهم . وبهذا قال عمر بن عبد العزيز ، والنخعي ، وحامد ، ومالك ، والشافعي . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأهم عصبية يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم ، فيدخلون في العقل كالقريب ، ولا يعتبر أن يكونوا وارثين في الحال ، بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ، قضى بالدية بين عصبية المرأة من كانوا لا يرثون منها إلا ما فضل عن ورثتها ، ولأن المولى من العصبات ، فأشبهوا المفاسين .

٦٨٣١

فصل

ولا يدخل في العقل من ليس بعصبية ، ولا يعقل المولى من أسفل . وبه قال أبو حنيفة ، وأصحاب مالك . وقال الشافعي في أحد قوايه : يعقل ، لأنهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه ، فيعقل الآخر عنه كالأخوين .

ولنا : أنه ليس بعصبية له ، ولا وارث ، فلم يعقل عنه كالأجنبي . وما ذكروه يبطل بالذكر مع الأنثى ، والكبير مع الصغير ، والماعقل مع المجنون .

٦٨٣٢

فصل

ولا يعقل مولى المولاة . وهو : الذي يوالى رجلاً يجعل له ولاءه ونصرته . ولا الحليف . وهو : الرجل يخالف الآخر على أن يتفادى . على دفع الظلم ، ويتضافرا على من قصدهما ، أو قصد أحدهما . ولا العبد . وهو الذي : لا عشيرة له ، ينضم إلى عشيرة ، فيعد نفسه معهم . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يعقل مولى المولاة ويرث ، وقال مالك : إذا كان الرجل في غير عشيرته فقله على القوم الذي هو معهم . ولنا : أنه معنى يتعلق بالعصبية ، فلا يستحق بذلك كولاية النسكاح .

٦٨٣٣

فصل

ولا مدخل لأهل الديوان في المماثلة . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يتحملون جمع الدية ،

فإن عدموا فالأقرب حينئذ يعقلون ، لأن عمر رضى الله عنه جعل الدية على أهل الديوان في الأعطية في ثلاث سنين .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم ، قضى ^(١) بالدية على العاقلة ^(٢) ولأنه معنى لا يستحق به الميراث ، فلم يحمل العقل كالجواز . واتفاق المذاهب وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء عمر . هلى أنه إن صح ما ذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القتاتل .

فصل

٦٨٣٤

ويشترك في العقل الحاضر والغائب . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك : يختص به الحاضر ، لأن التحمل بالنصرة وإنما هي بين الحاضرين ، ولأن في قسمته على الجميع مشقة وعن الشافعي كالذهبيين .

ولنا : الظاهر ، وأنهم استووا في التعصيب والإرث فاستووا في تحمل العقل كالحاضرين ، ولأنه معنى يتعلق بالتعصيب ، فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية .

فصل

٦٨٣٥

ويبدأ في قسمته بين العاقلة بالأقرب فالأقرب . يقسم على الإخوة وبنيتهم ، والأعمام وبنيتهم ، ثم أعمام الأب ، ثم أعمام الجد ، ثم بنيتهم . كذلك أبدأ ، حتى إذا انقضى المفاسدون فعلى المولى للمعتق ، ثم على عصباته ، ثم على مولى المولى ، ثم على عصباته ، الأقرب فالأقرب كالميراث سواء . وإن قلنا : للآباء والأبناء من العاقلة بدى بهم لأنهم أقرب ، ومتى اتسعت أموال قوم للعقل لم يقدم إلى من بعدهم ، لأنه حق يستحق بالتعصيب فيقدم الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح .

وهل يقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب ؟ على وجهين . أحدهما : يقدم لأنه يقدم في الميراث فقدم في العقل كقديم الأخ على ابنه . والثاني : يستويان ، لأن ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر للأب في التعصيب .

والأول أولى إن شاء الله تعالى . لأن قرابة الأم تؤثر في الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع

(١) مختصر من حديث لابي هريرة في قصة امرأتين من هذيل اقتتلتا فقتلت أحدهما الاخرى بحجر واستطعت جنيتهما فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عاقلة لقتالة وقد أخرجه الشيخان . (ف)

(٢) في نسخة على عصابة القتالة . هامش المطبوعة والمخطوطة ٣٩

القرايتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم ، وذلك لأن القرايتين تنقسم إلى ما تنفرد كل واحدة منهما بحكم كإبن العم إن كان أخا من أم فإنه يرث بكل واحدة من القرايتين ميراثاً مفرداً يرث السدس بالأخوة ويرث بالتمصيب ببنوة العم ، وحجب إحدى القرايتين لا يؤثر في حجب الأخرى . فهذا لا يؤثر في قوة ولا ترجيح ولذلك لا يقدم ابن العم الذى هو أخ من أم على غيره ، ومالا ينفرد كل واحد منهما بحكم كإبن العم من أبوين مع ابن عم من أب لا تنفرد إحدى القرايتين بميراث عن الأخرى فتؤثر في الترجيح وقوة التمهيب ولذلك أثرت في التقديم في الميراث فكذلك في غيره وبما ذكرناه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة بسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم ، لأن النبی صلى الله عليه وسلم جعل دية المقتولة على مصيبة القاتلة .

والنا : أنه حكم تعلق بالتمصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب كالإراث والخير لاحتاجة فيه لأننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب . فتحمله على ذلك .

فصل

٦٨٣٦

ولا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل ، أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم في العقل ، ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل وإن كان من قبيلته . فلو كان القاتل قرشياً لم يلزم كلهم التحمل ، وإن قرشياً وإن كانوا كلهم يرجعون إلى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت ، وصار كل قوم ينتسبون إلى أب يتميز به ، فيهقل منهم من يشاركون في نسبهم إلى الأب الأدنى . ألا ترى أن الناس كلهم بنو آدم . فهم راجعون إلى أب واحد ؟ لكن إن كان من نخذ واحد فالدية في بيت المال ، لأن المسلمين يرثونه إذا لم يكن له وارث ، بمعنى أنه يؤخذ ميراثه لبيت المال ، فكذلك يعقلونه على هذا الوجه وإن وجد له من يحمل بعض العقل فالباقي في بيت المال كذلك .

فصل

٦٨٣٧

ولا خلاف بين أهل العلم في أن الماتلة لا تسكف من المال ما يحجب بها ، ويشق عليها ، لأنه لازم لها من غير جنائيتها ، على سبيل الموائسة للقاتل والتخفيف عنه ، فلا يخفف عن الجاني بما يشق على غيره ، ويحجب به كالكفاة ، ولأنه لو كان الإجحاف مشروفاً كان الجاني أحق به ، لأنه موجب جنائيته ، وجزاء فعله ، فإذا لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى .

واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم . فقال أحد : يحملون على قدر ما يطيقون ، فعلى هذا لا يتقدر شرعاً ، وإنما يرجع فيه إلى احتياط الحاكم ، فيفرض على كل واحد قدر ما يسهل ولا يؤذى . وهذا

مذهب مالك ، لأن التقدير لا يثبت إلا بتوقيف ، ولا يثبت بالرأى والتحكم ، ولا نص في هذه المسألة ، فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كقواعد النفقات وعن أحد رواية أخرى : أنه يفرض على المورس نصف مثقال ، لأنه أقل مال يتقدر في الزكاة ، فكان معتبراً بها . ويجب على المتوسط ربع مثقال ، لأن مادون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فيه ، وقد قالت عائشة رضي الله عنها : لا تقطع اليد في الشيء التافه . ومادون ربع دينار لا قطع فيه . وهذا اختيار أبي بكر ، ومذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : أكثر ما يعمل على الواحد أربعة دراهم ، وليس لأقله حد ، لأن ذلك مال يجب على سبيل المواساة للقرابة ، فلم يتقدر أقله كالنفقة . قال ويسوى بين الغني والمتوسط لذلك ، والصحيح الأول ، لما ذكرنا من أن التقدير إنما يصار إليه بتوقيف ، ولا توقيف فيه ، وأنه يختلف بالغنى والمتوسط كالزكاة والنفقة ، ولا يختلف بالقرب والبعد كذلك . واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه ، قال بعضهم ، يتكرر الواجب في الأعوام الثلاثة ، فيكون الواجب فيها على الغنى ديناراً ونصفاً ، وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار ، لأنه حتى يتعلق بالحول على سبيل المواساة ، فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة . وقال بعضهم : لا يتكرر ، لأن في إيجاب زيادة على النصف إيجاباً لزيادة على أقل الزكاة ، فيكون مضراً .

ويعتبر الغنى والمتوسط عند رأس الحول ، لأنه حال الوجوب ، فاعتبر الحال عنده كالزكاة . وإن اجتمع من عدد المعاولة في درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم . فيلزم الحاكم كل إنسان على حسب ما يراه وإن قل . وعلى الوجه الآخر : يجمع على المتوسط نصف ما على الغنى ، وبهم بذلك جميعهم ، وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب ، لئلا ينقص من القدر الواجب ، ويصير إلى الشيء التافه ولأنه يشق ، فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه .

ولنا : أنهم استقوا في القرابة فكانوا سواء كالأولاد ، وكالميراث . وأما التعلق بمشقة الجمع فغير صحيح ، لأن مشقة زيادة الواجب أعظم من مشقة الجمع . ثم هذا تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ثم هي معارضة بخفة الواجب على كل واحد وسمولة الواجب عليهم ثم لا يخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد فإن خصه بالاجتهاد فعليه فيه مشقة ، وربما لم يحصل له معرفة الأولى منهم بذلك ، فيتعذر الإيجاب ، وإن خصه بالتحكم أفضى إلى أنه يخير بين أن يوجب على إنسان شيئاً بشهوته من غير دليل ، وبين أن لا يوجب عليه ، ولا نظير له ، وربما ارتشى من بعضهم ، وربما امتنع من فرض عليه شيء من أدائه لكونه يرى مثله لا يؤدي شيئاً ، مع التساوي من كل الوجوه .

ومن مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء . لانعلم في هذا خلافاً ، لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة ، فأشبهه الزكاة . وإن وجد ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يسقط بالموت ، لأنه خرج عن أهلية الوجوب ، فأشبهه مالو مات قبل الحول .

ولنا : أنه حق تدخله النيابة لإيلاك إسقاطه في حياته ، فأشبهه الديون . وفارق ما قبل الحول ، لأنه لم يجب ، ولم يستمر الشرط إلى حين الوجوب ، فأما إن كان فقيراً حال القتل فاستغنى عند الحول ، فقال القاضي : يجب عليه ، لأنه وجد وقت الوجوب ، وهو من أهله . ويخرج على هذا من كان صبيّاً فبلغ ، أو مجنوناً فأفاق . عند الحول وجب عليه كذلك . ويحتمل أن لا يجب ، لأنه لم يكن من أهل الوجوب حالة السبب ، فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط كالسكران إذا ملك ما لا ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه .

قال : (وليس على فقير من العاقلة ولا امرأة ولا صبي ولا زائل العقل حمل شيء من الدية) .
أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة . أو أجمعوا على أن للفقير لا يلزمه شيء . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وحكى بعض أصحابنا عن مالك ، وأبي حنيفة : أن للفقير مدخل في التحمل ، وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد ، لأنه من أهل النمرة ، فكان من العاقلة كالغني والصحيح الأول لأن تحمل العقل مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة ، ولأنها وجبت على العاقلة تخفيفاً عن القتال فلا يجوز التثقيل بها على من لا جناية منه وفي إيجابها على الفقير تنقيح عليه وتسكين له ما لا يقدر عليه^(١) ، ولأننا أجمعنا على أنه لا يكلف أحد من العاقلة ما ينقل عليه ويحذف به ، وتحمل الفقير شيئاً منها ينقل عليه ويحذف بماله ، وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه ، أولاً يسكون له شيء أصلاً . وأما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها ، لأن فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النمرة .

(١) في ٢٩ : بما لا يقدر عليه .

فصل

٦٨٤٠

وبعقل المريض إذا لم يبلغ حد الزمانة ، والشيخ إذا لم يبلغ حد الهرم ، لأيهما من أهل النصرة والمواساة . وفي الزمان والشيخ الغاني وجهان .

أحدهما : لا يعقلان ، لأيهما ليسا من أهل النصرة ، ولهذا لا يجب عليهما الجهاد ، ولا يعقلان إذا كانا من أهل الحرب ، وكذلك يخرج في الأعمى لأنه مثلهم في هذا المعنى .

والثاني : يعقلون ، لأنهم من أهل المواساة ، ولهذا تجب عليهم الزكاة ، وهذا ينقض بالصبي والجنون . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا .

مسألة

٦٨٤١

قال : ﴿ ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال ، فإن لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء ﴾ . الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما

٦٨٤٢

أن من لا عاقلة له هل يؤدي من بيت المال أولا ؟ فيه روايتان :

أحدهما : يؤدي عنه ، وهو مذهب الزهري ، والشافعي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ودى الأنصاري الذي قتل بخيبر من بيت المال وروى أن رجلا قتل في زحام في زمن عمر ، فلم يعرف قاتله ، فقال على عمر : يا أمير المؤمنين ، لا يطل دم امرئ مسلم ، فأدى دية من بيت المال ، ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له . فيعقلون عند عدم عاقلة كعصباته ومواليه .

والثانية : لا يجب ذلك ، لأن بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء ، ولا عقل عليهم فلا يجوز صرفه فيما لا يجب عليهم ، ولأن العقل على العصبات ، وليس بيت المال عصبة ، ولا هو كمصبة هذا . فأما قتيل الأنصار فغير لازم ، لأن ذلك قتيل اليهود ، وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال ، وإنما النبي صلى الله عليه وسلم تفضل عليهم . وقولهم : إنهم يرثونه قلنا . ليس صرفه إلى بيت المال ميراثا ، بل هو فداء ، ولهذا يؤخذ مال من لا وارث له من أهل الذمة إلى بيت المال ، ولا يرثه المسلمون ، ثم لا يجب العقل على الوارث إذا لم يكن عصبة ، ويجب على العصبة ، وإن لم يكن وارثا فعلى الرواية الأولى إذا لم يكن له عاقلة أدبت الدية عنه كلها من بيت المال ، وإن كان له عاقلة لا تحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال .

وهل تؤدى من بيت المال فى دفعة واحدة أو فى ثلاث سنين ؟ على وجهين :
أحدهما : فى ثلاث سنين ، على حسب ما يؤخذ من العاقلة .

والثانى : يؤدى دفعة واحدة ، وهذا أصح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أدى دية الأنصارى دفعة واحدة ، وكذلك عمر ، ولأن الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة ، فيجب كله فى الحال ، كسائر بدل المتلفات وإنما أجل على العاقلة تخفيفاً عنهم ، ولا حاجة إلى ذلك فى بيت المال ولهذا يؤدى الجميع .

الفصل الثانى

٦٨٤٣

إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال فليس على القاتل شيء . وهذا أحد قولى الشافعى ، لأن الدية لزمّت العاقلة ابتداءً ، بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم ، ولا يعتبر تحميلهم ولا رضام بها ، ولا تجب على غير من وجبت عليه كالأقارب ، فإن الدية لا تجب على أحد ، كذا ها هنا ، فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقي ، فلا يجب على أحد ، ويتخرج أن تجب الدية على القاتل إذا تعذر حملها عنه ، وهذا القول الثانى للشافعى ، لم يعم قوله : (وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)^(١) ولأن قضية الدليل وجوبها على الجانى جبراً للحل الذى فوته ، وإنما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه فى جبر الحل ، فإذا لم يؤخذ ذلك بقى واجباً عليه بمقتضى الدليل ، ولأن الأمر دائر بين أن يطل دم المقتول وبين إيجاب دية على المتلف ، لا يجوز الأول ، لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة ، فعمين الثانى ، ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له ، وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر ، فإن المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية فى ماله ، والذى الذى لا عاقلة له تلزمه الدية .

ومن رعى سهماً ثم أسلم ، أو كان مسلماً فارتد ، أو كان عليه الولاء لموالى أمه فأنجر إلى موالى أبيه ، ثم أصاب بسهم إنساناً فقتله ، كانت الدية فى ماله ، لتعذر حمل عاقلة عقله ، كذلك ها هنا ، فتعذر منه قياساً فقول : قتيل موصوم فى دار الإسلام تعذر حمل عاقلة عقله ، فوجب على قاتله كهذه الصورة . وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار فى أغاب الأحوال ، فإنه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ، ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال ، فتضييع الدماء ، ويفوت حكم إيجاب الدية . وقولهم : إن الدية تجب على القاتل ابتداءً ممنوع ، وإنما تجب على القاتل ، ثم تتحملها العاقلة عنه . وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداءً لكن مع وجودهم إما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ما ذكره منقوض بما أبديناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل أن تعذر حمل جميعها أو باقيةا إن حملت العاقلة بعضها والله أعلم .

مسألة

٦٨٤٤

قال : (ودية الحر الكتابى نصف دية الحر المسلم ونساؤهم على النصف من دياتهم) .

هذا ظاهر المذهب ، وهو مذهب عمر بن عبد العزيز ، وعروة ، ومالك ، وعمر بن شعيب . وعن أحد : أنها ثلث دية المسلم ، إلا أنه رجع عنها ، فإن صالحاً روى عنه أنه قال : كنت أقول دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم لحديث عمرو بن شعيب ، وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن أبيه ، وهذا صريح في الرجوع عنه . وروى عن عمر ، وعثمان : أن دية أربعة آلاف درهم ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن ، وعكرمة ، وعمر بن دينار ، والشافعي وإسحاق ، وأبو ثور ، لما روى عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « دية اليهودي ^(١) » والنصراني أربعة آلاف ، ودية المجوسي ثمانمائة درهم ، وقال علقمة ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، والثوري ، وأبو حنيفة : دية كدية المسلم . وروى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، ومعاوية رضي الله عنهم . وقال ابن عبد البر : هو قول سعيد بن المسيب ، والزهري ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم » ولأن الله تعالى ذكر في كتابه دية المسلم فقال : (وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ) ^(٢) وقال في الذي مثل ذلك ، ولم يفرق ، فدل على أن ديتهما واحدة ، ولأنه ذكر حر معصوم فمكمل ديته كالسلم .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « دية المعاهد ^(٣) نصف دية المسلم » ، وفي لفظ : « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن عقل السكتاني نصف عقل المسلم » رواه الإمام أحمد ، وفي لفظ : « دية المعاهد نصف دية الحر » . قال الخطابي : ليس في دية أهل الكتاب شيء أثبت من هذا ، ولا بأس بإسناده ، وقد قال به أحد ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، ولأنه نقص مؤثر في الدية فأثر في تنصيفها كالأثوثة .

وأما حديث عبادة فلم يذكره أهل السنن ، والظاهر أنه ليس بصحيح ، وأما حديث عمر فإنه كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ، ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار ، وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف فهذا بيان وشرح مزيل للأشكال ، ففيه جمع للأحاديث فيكون دليلاً لنا ، ولو لم يكن كذلك لكان قول النبي صلى الله عليه وسلم مقدماً على قول عمر وغيره بغير إشكال ، فقد كان عمر إذا بلغه عن النبي صلى الله عليه وسلم سنة ترك قوله وعمل بها ، فكيف يسوغ لأحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فأما ما احتج به الآخرون فإن الصحيح

(١) في سنن الدارقطني ص ٣٤٩ (عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض على

كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم) (ف)

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن عمر (ف)

من حديث عمرو بن شعيب ماريثاه أخرجه الأئمة في كتبهم دون ماريثاه ، وأما ماريثاه من أقوال الصحابة فقد روى عنهم خلافه فزعم قولهم في إيجاب الدية كاملة على سبيل التغليظ قال أحمد إنما غلظ عثمان الدية عليه لأنه كان عمداً فلما ترك القود غلظ عليه ، وكذلك حديث معاوية ، ومثل هذا ماريثاه عن عمر رضي الله عنه حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل مزني فقال لحاطب : إني أراك تجيعهم لأغرمك غرمًا يشق عليك ، فأغرمه مثلي قيمتها ، فأما ديات نساءهم فعلى النصف من دياتهم ، لانعم في هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم أن دية المرأة نصف دية الرجل ، ولأنه لما كان دية نساء المسلم على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب على النصف من دياتهم .

فصل

٦٨٤٥

وجراحاتهم من دياتهم كجرح المسلمين من دياتهم ، وتغليظ دياتهم باجتماع الحرمات عند من يرى تغليظ ديات المسلمين بها . كتغليظ ديات المسلمين . قال حرب : قلت لأبي عبد الله : فإن قتل ذمياً في الحرم . قال : يزداد أيضاً على قدره كما يزداد على المسلم . وقال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : جنى على مجوس في هيئته وفي يده ، قال : يكون بحساب دية ، كما أن المسلم يؤخذ بالحساب ، فكذلك هذا قيل قطع يده ، قال : بالنصف من دية .

مسألة

٦٨٤٦

قال : (فإن قتلوه عمداً أضف الدية على قاتله المسلم لإزالة القود) .

هكذا حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه ، هذا يروي عن عثمان ، رواه أحمد عن عبد الرزاق ، عن معمر ، عن الزهري ، عن سالم ، عن أبيه : أن رجلاً قتل رجلاً من أهل الذمة ، فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار ، فصار إليه أحد اتباعاً له ، وله نظائر في مذهبه ، فإنه أوجب على الأعور لما قلع عين الصحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه وأوجب على سارق التمر^(١) مثلي قيمته حين درأ عنه القطع وهذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم في سارق التمر ، فثبت مثله هاهنا . ولو كان القاتل ذمياً أو قتل ذمياً مسلماً لم تضف الدية عليه ، لأن القصاص عليه واجب في الموضعين ، وجمهور أهل العلم على أن دية الذمى لا تضاعف بالعمد ، لعموم الأثر فيها ، ولأنها دية واجبة فلم تضاعف كدية المسلم ، أو كولو كان القاتل ذمياً ولا فرق في الدية بين الذمى وبين المستأمن ، لأن كل واحد منهما كتابي معصوم الدم ، وأما المرتد والحربي فلا دية لهما لعدم العصمة فيهما .

(١) روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التمر المعاق فقال : من أصاب بغيه من ذى حاجة غير متخذ خبئة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن الجبن فعليه القطع ، رواه النسائي وأبو داود .

مسألة

٦٨٤٧

قال : ﴿ ودية الجوسي ثمانمائة درهم ، ونساؤهم على النصف ﴾ .

وهذا قول أكثر أهل العلم . قال أحمد : ما أقل ما خُلف في دية الجوسي ؟ ومن قال ذلك عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، رضى الله عنهم ، وسعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ، وعكرمة ، والحسن ومالك ، والشافعي ، وإسحاق . وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال : ديته نصف دية المسلم كدية الكتاني ، أقول النبي صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » . وقال للنفخي ، والشامي ، وأصحاب الرأي ديته كدية المسلم ، لأنه آدمى حر معصوم فأشبهه المسلم .

ولنا : قول من سمينا من الصحابة ، ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً ، فكان إجماعاً وقوله : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ^(١) يعنى في أخذ جزيتهم ، وحقن دمائهم بدليل أن ذبايحهم ونساءهم لا تحل لدا ولا يجوز اعتباره بالمسلم ولا الكتاني ، لفقصان ديته وأحكامه عنهما ، فينبغي أن تنقص ديته كنقص [دية] المرأة عن دية الرجل ، وسواء كان الجوسي ذمياً أو مستأمناً ، لأنه يحقون الدم ، ونساؤهم على النصف من دياتهم بإجماع ، وجراح كل واحد معتبرة من ديته . وإن قتلوا عمداً أضعفت الدية على القاتل المسلم لإزالة القود نص عليه أحمد قياساً على الكتاني .

فصل

٦٨٤٨

فأما عبدة الأوثان وسائر من لا كتاب له كالترك ، ومن عبد ما يستحسن فلا دية لهم ، وإنما تحقن دماؤهم بالأمان ، فإذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسي ، لأنها أقل الديات ، فلا تنقص عنها ، ولأنه كافر ذو عهد لا تحل مناكحته فأشبهه الجوسي .

فصل

٦٨٤٩

ومن لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد لم يحز قتله حتى يدعى ، فإن قتل قبل الدعوة من غير أن يعطى أماناً فلا ضمان فيه ، لأنه لا عهد له ولا إيمان فأشبهه امرأة الحربى وابنه الصغير ، وإما حرم قتله ليلبغفه الدعوة ، وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو الخطاب : يضمن بما يضمن به أهل ديته ، وهو مذهب الشافعي لأنه يحقون الدم أشبه من له أمان ، والأول أولى . فإن هذا ينقص بصبيان أهل الحرب ومجانينهم ، ولأنه (١) سنوا بهم سنة أهل الكتاب . قال الحفاظ في الدراية ج ٢ ص ٢٠٥ لم أجده بهذا اللفظ لكن أخرج عن الرزاق وابن أبي شيبة من رواه الحسن بن محمد بن الحنفية أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبايحهم (ف)

كافر لا عهد له فلم يضمن كالصبيان والحجائين . فأما إذا كان له عهد فله دية أهل دينه ، فإن لم يعرف دينه فقيه دية الجوسى لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه .

مسألة

٦٨٥٠

قال : ﴿ ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم ﴾ .

قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل وحكى غيرهما عن ابن علية والأعمش أنهما قالا : ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » وهذا قول شاذ يخالف إجماع الصحابة وسنة النبي صلى الله عليه وسلم ، فإن في كتاب عمرو بن حزم : دية المرأة على النصف من دية الرجل ، وهى أخص مما ذكروه ، وهما في كتاب واحد ، فيه يكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له ، ودية نساء كل أهل دين على النصف من دية رجالهم على ما قدمنا في موضعه .

مسألة

٦٨٥١

قال ﴿ وتساوى جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية ، فإن جاوز الثلث فعلى النصف ﴾ .

وروى هذا عن عمر ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعمر ابن عبد العزيز ، وعروة بن الزبير ، والزهري ، وقتادة ، والأعرج ، وربيعه ، ومالك . قال ابن عبد البر : وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة وحكى عن الشافعى في القديم . وقال الحسن : يستويان إلى النصف ، وروى عن علي رضي الله عنه أنها على النصف فيما قل وكثر ، وروى ذلك عن ابن سيرين ، وبه قال الثوري ، والليث ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وأبو ثور ، والشافعى ، في ظاهر مذهبه . واختاره ابن المنذر ، لأنهما شخصان تخلف ديتهما ، فاختلف أرش أطرافهما ، كالسلم والكافر ، ولأنها جناية . لها أرش مقدر فكان من المرأة على النصف من الرجل كاليد . وروى عن ابن مسعود أنه قال : تماثل المرأة الرجل إلى نصف عشر الدية ، فإذا زاد على ذلك فهمى على النصف ، لأنها تساويه في الموضحة .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائى ، وهو نص يقدم على ما سواه . وقال ربيعة : قلت لسعيد بن المسيب : كم في أصبع المرأة ؟ قال : عشر . قلت : ففي أصبعين ؟ قال : عشرون . قلت : ففي ثلاث أصابع ؟ قال : ثلاثون . قلت : ففي أربع ؟ قال : عشرون . قال قلت : لما عظمت

مصيبتها قل عقلها ؟ قال : هكذا السنة يا ابن أخي وهكذا مقتضى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .
رواه سعيد بن منصور ، ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك إلا عن علي
ولا نعم ثبوت ذلك عنه ولأن ما دون الثالث يستوى فيه الذكر والأنثى بدليل الجنين فإنه يستوى فيه
الذكر والأنثى فأما الثالث نفسه فهل يستويان فيه ؟ على روايتين .

إحداها : يستويان فيه ، لأنه لم يعتبر حد القلة ، ولهذا صحت الوصية به وروى أنهما يختلفان فيه ،
وهو الصحيح لقوله عليه السلام « حتى يبلغ الثالث » وحتى للغاية ، فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها
لقول الله تعالى (حَتَّى يُمِطُوا الْجُزْأَةَ)^(١) ولأن الثالث في حد الكثرة لقوله عليه السلام « الثالث
والثالث كثير » .

فصل

٦٨٥٢

فأما دية نساء سائر أهل الأديان فقال أصحابنا : تساوى دياتهن ديات رجالهم إلى الثالث لعموم قوله
عليه السلام^(٢) « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثالث من ديتها » ولأن الواجب دية امرأة فساوت
دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين ، ويحتمل أن تساوى المرأة الرجل إلى قدر ثلث دية الرجل المسلم لأنه
القدر الكثير الذى يثبت فيه القنصيف فى الأصل وهو دية المسلم .

مسألة

٦٨٥٣

قال : « ودية العبد والأمة قيمتهما باللفة ما بلغ ذلك » .

قد تقدم شرح هذه المسألة فيما مضى ، ولا فرق فى هذا الحكم بين القن من العبيد والمذبر والمكاتب
وأم الولد . قال الخطابى : أجمع عوام الفقهاء^(٣) على أن المكاتب عبيد ما بقى عليه درهم فى جفايته .
والجفاية عليه ، إلا إبراهيم النخعي ، فإنه قال فى المكاتب : يؤدى بقدر ما أدى من كتابته دية الحر ،
وما بقى دية العبد . وروى فى ذلك شىء عن على رضى الله عنه ، وقد روى أبو داود فى سننه ، والإمام
أحمد فى مسنده قال : حدثنا محمد بن عبد الله ثنا هشام بن أبى عبد الله قال : حدثنى يحيى بن أبى كثير ،
عن عكرمة ، عن ابن عباس ، قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المكاتب يقتل أنه يؤدى ما
أدى من كتابته دية الحر وما بقى دية العبد . قال الخطابى : وإذا صح الحديث وجب القول به إذا لم
يكن منسوخاً أو معارضاً بما هو أولى منه .

(١) سورة التوبة آية ٢٩ . (٢) أخرجه النسائى عن ابن عمرو ج ٨ ص ٤٥ (ف)

(٣) فى ١٨ و ٣٩ : عامة الفقهاء .

٦٨٥٤

مسألة

قال في ودية الجنين إذا سقط من الضربة ميّماً وكان من حرة مسلمة غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثه عنه كأنه سقط حياً .

يقال : غُرَّة عَبْدٌ ، بالصفة وغُرَّة عَبْدٌ بالإضافة ، والصفة أحسن ، لأن الغرة اسم للعبد نفسه . قال مهمل :

كُلُّ قَتِيلٍ فِي كَلْبِ غُرَّةٍ حَتَّى يَفَالَ الْقَتْلَ إِلَّا مَرَّةً^(١)

في هذه المسألة فصول خمسة :

٦٨٥٥

أحدها

أن في جنين الحرة المسلمة غرة توهذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب ، وعطاء ، والشعبي ، والزهري ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقد روى عن عمر رضي الله عنه : « أنه استشار الناس في إملاص^(٢) المرأة فقال المغيرة بن شعبه : شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه غرة عبد أو أمة . قال لقائين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة » وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فاختموهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن دية جنيتها عبد أو أمة . وقضى بدية المرأة على عاقبتها وورثها ولداً ومن معهم » متفق عليه ، والغرة عبد أو أمة ، سمياً بذلك لأنهما من أنس الأموال ، والأصل في الغرة الخيار .

فإن قيل : فقد روى في هذا الخبر « أو فرس^(٣) أو بغل » قلنا : هذا لا يثبت رواه عيسى بن يونس وروى فيه قاله أهل النقل ، والحديث الصحيح المتفق عليه إنما فيه « عبد أو أمة » .

فأما قول الخرق : من حرة مسلمة . فلأنما أراد أن جنين الحرة المسلمة لا يكون إلا حراً مسلماً ، فحق كان الجنين حراً مسلماً ففيه الغرة ، وإن كانت أمه كافرة أو أمة مثل أن يتزوج المسلم كتابية ، فإن جنينها

(١) في المغنى طبعة رشيد ج ٩ ص ٥٣٥ (إلى مرة) وفي طبعة النقي (إلا مرة) — وفي الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٣٠ (آل مرة) وهو الصواب كما في لسان العرب ج ٥ ص ١٨ والمعنى : كأنهم ليسوا بكفء لكليب إنما هم بمنزلة العبيد والإماء إن قتلهم حتى أقتل آل مرة فإنهم إلا كفء حينئذ (ف)

(٢) إملاص المرأة : أن تضرب المرأة بطنها فتلقى جنينها وقد وقع هذا في البخاري في كتاب الاعتصام باب ما جاء في اجتهاد القضاء ج ٩ ص ١٢٦ والحديث فيه عن المغيرة بن شعبه (ف)

(٣) أخرجه الدارقطني ج ٣ ص ١١٥ (ف)

منه محكوم بإسلامه ، وفيه الغرة ، ولا يرث منها شيئاً لأنه مسلم ، ولد السيد من أمته وولد المغرور من أمة حر ، وكذلك لو وطئت الأمة بشبهة فولدها حر ، وفيه الغرة ، فأما إن كان الجنين محكوماً برقة لم تجب فيه الغرة ، وسيأتي بيان حكمه ، وأما جنين الكتابية والجوسية إذا كان محكوماً بكفره ففيه عشر دية أمه . وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي .

قال ابن المنذر : ولم أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأبن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشرة دية أمه فكذلك جنين الكافرة ، إلا أن أصحاب الرأي يرون أن دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف ، فإن كان أبوا الجنين كافرين مختلفاً دينهما كولد الكتابي من الجوسية والجوسى من الكتابية ، اعتبرناه بأكثرهما دية ، فلنوجب فيه عشر دية كتابية على كل حال ، لأن ولد المسلمة من الكافرة معتبر بأكثرهما دية ، كذا ههنا ، ولا فرق فيما ذكرناه بين كون الجنين ذكراً أو أنثى ، لأن للسنة لم تفرق بينهما ، وبه يقول الشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وعامة أهل العلم ولو ضرب بطن كتابية حاملاً من كتابي فأسلم أحد أبويه ثم أسقطته ففيه الغرة في قول ابن حامد والقاضي ، وهو ظاهر كلام أحمد ومذهب الشافعي ، لأن الضمان معتبر بحال استقرار الجناية ، والجنين محكوم بإسلامه عند استقرارها ، وفي قول أبي بكر وأبي الخطاب : فيه عشر دية كتابية ، لأن الجناية عليه في حال الغرة ، وإن ضرب بطن أمة فأعتقت ثم ألفت الجنين فعلى قول ابن حامد والقاضي فيه غرة ، وفي قول أبي بكر وأبي الخطاب فيه عشر قيمة أمه . لأن الجناية عليه في حال كونه عبداً ، ويمكن منع كونه عبداً ، ويمكن منع كونه صار حراً ، لأن الظاهر تلفة بالجناية ، وبعد تلفه لا يمكن تحريره ، وعلى قول هذين يكون الواجب فيه أسيد^(١) ، وعلى قول ابن حامد للسيد أقل الأسيرين من الغرة أو عشر قيمة أمه ، لأن الغرة إن كانت أكثر لم يستحق الزيادة ، لأنها زادت بالحرية الحاصلة بزوال ملكه ، وإن كانت أقل لم يكن له أكثر منها ، لأن النقص حصل بإعتاقه ، فلا يضمن له كما لو قطع يد عبد فأعتقه سيده ثم مات بسرابة الجناية كان له أقل الأسيرين من دية حر أو نصف قيمته ، وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين ، فأما إن ضرب بطن الأمة فأعتق السيد جنينها وحده نظرت ، فإن أسقطته لوقت يعيش مثله ففيه دية حر ، نص عليه أحمد ، وإن كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة . لأنه حر على قول ابن حامد . وعلى قول أبي بكر عليه عشر قيمة أمه . وإن أسقطته ميتاً ففيه عشر قيمة أمه ، لأننا لا نعلم كونه حياً حال إعتاقه ، ويحتمل أن تجب عليه الغرة ، لأن الأصل بقاء حياته فأشبهه مالهو أعتق أمه .

الفصل الثاني

٦٨٥٦

أن الغرة إنما تجب إذا سقط من الضربة . ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب ، أو ببقائها متألماً^(٢)

(٢) في ٢٩ : أو ببقاء الألم .

(١) في ١٨ : عشر قيمة أمه . بعد : السيد .

إلى أن يسقط ، ولو قتل حاملاً لم يسقط جنينها ، أو ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين ، وبهذا قال مالك ، وقتادة ، والأوزاعي ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . وحكى عن الزهرى : أن عليه الغرة ، لأن الظاهر أنه قتل الجنين ، فلزمته الغرة كما لو أسقطت .

ولنا : أنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه ، ولذلك لا تصح له وصية ولا ميراث ، ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح في البطن سكنت ، ولا يجب الضمان بالشك ، فأما إذا ألقته ميتاً فقد تحقق [موته] والظاهر تلفه من الضربة ، فيجب ضمانه ، سواء ألقته في حياتها أو بعد موتها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : إن ألقته بعد موتها لم يضمنه ، لأنه يجرى مجرى أعضائها ، ويموتها سقط حكم أعضائها .

ولنا : أنه جنين تلف بمخايقته ، وعلم ذلك بخروجه ، فوجب ضمانه كما لو سقط في حياتها ، ولأنه لو سقط حياً ضمنه ، فكذلك إذا سقط ميتاً ، كما لو أسقطته في حياتها ، وما ذكروه ليس بصحيح ، لأنه لو كان كذلك لسكان إذا سقط ميتاً ثم مات لم يضمنه كأعضائها . ولأنه آدمى مورث بلا يدخل في ضمان أمه ، كما لو خرج حياً . فأما إن ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة ، وبه قال الشافعى ، وقال مالك وابن المنذر : لا تجب الغرة حتى تلقيه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أوجب للغرة في الجنين الذى ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئاً أشبه مالو لم يظهر منه شيء .

ولنا : أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه . ويفارق مالو لم يظهر منه شيء ، لأنه لم يتيقن قتله ولا وجوده ، وكذلك إن ألقته يداً أو رجلاً أو رأساً أو جزءاً من أجزاء الآدمى وجبت الغرة لأننا نيقن أنه من جنين ، وإن ألقته رأسين أو أربع أيدي ، لم يجب أكثر من غرة ، لأن ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك ، لأن الأصل براءة الذمة وكذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر ، فإن أسقطت ماليس فيه صورة آدمى فلا شيء فيه ، لأننا لانعلم أنه جنين . وإن ألقته مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة ، وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمى لو بقي تصور ففيه وجهان :

أحدهما : لا شيء فيه ، لأنه لم يتصور ، فلم يجب فيه كالعلة . ولأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك .

والثاني : فيه غرة ، لأنه مبتدأ خلق آدمى ، أشبه مالو تصور وهذا يبطل بالنظفة والعلة .

الفصل الثالث

٦٨٥٧

أن الغرة عبد أو أمة ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال عروة ، وطاوس ، ومجاهد ، عبد أو أمة

أو فرس ، لأن الغرة اسم لذلك . وقد جاء في حديث أبي هريرة قال : « قفى »^(١) رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بفل » وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة ، ونحوه قال الشعبي ، لأنه روى في حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل في ولدها مائة شاة . رواه أبو داود . وروى عن عبد الملك بن مروان أنه قضى في الجنين إذا أملص بمشرين ديناراً فإذا كان مضغة فأربعين ، فإذا كان عظماً فستين . فإذا كان العظم قد كسى لحماً فثمانين ، فإن تم خلقه وكسى شعره فمائة دينار . قال قتادة : إذا كان علقة فثلث غرة ، وإذا كان مضغة فثاني غرة .

ولنا : قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في إملاص المرأة بعبد أو أمة ، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضية على ما خلفها . وذكر الفرس والبفل في الحديث ، وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة ، فالظاهر أنه وهم فيه ، وهو متروك في البفل بغير خلاف ، وكذلك في الفرس ، وهذا الحديث الذي ذكرناه أصبح ماروى فيه ، وهو متفق عليه . وقد قال به أكثر أهل العلم ، فلا يلتفت إلى ما خلفه ، وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع ، وكذلك [قول] قتادة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع من قولها .

إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة ، فإن أراد دفع بدلها ورضى المدفوع إليه جاز . لأنه حق آدمي ، فجاز ما تراضيا عليه ، وأيهما امتنع من قبول البذل فله ذلك ، لأن الحق فيها ، فلا يقبل بدلها إلا برضاها ، وتجب الغرة سالمة من العيوب وإن قل العيب ، لأنه حيوان وجب بالشرع ، فلم يقبل فيه المعيب كالشاة في الزكاة ، لأن الغرة الخيار ، والمعيب ليس من الخيار ، ولا يقبل فيها هرمة ولا ضعيفة ، ولا خفي ولا خصى وإن كثرت قيمته ، لأن ذلك عيب . ولا يتقدر سنهما في ظاهر كلام الخرق ، وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي ، وأبو الخطاب ، وأصحاب الشافعي : لا يقبل فيها من له دون سبع سنين ، لأنه يحتاج إلى من يكفله له ويحضنه ، وليس من الخيار . وذكر بعض أصحاب الشافعي : أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمس عشرة سنة ، لأنه لا يدخل على النساء ، ولا ابنة عشرين لأنها تنمير وهذا تحكم لم يرد للشرع به . فيجب أن لا يقبل ، وما ذكروه من الحاجة إلى السكفالة باطل بمن له فوق السبع ، ولأن بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ، ولم يشهد لما ذكروه نص ، ولأنه نظير يقاس عليه ، والشاب البالغ أكل من الصبي عقلاً وبنية ، وأقدر على التصرف ، وأنفع في الخدمة وقضاء الحاجة ، وكونه لا يدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبية فلا حاجة إلى دخوله عليهن ، وإن أريد به سيده فليس بصحيح . فإن الله تعالى قال : (لَيْسَتْ أَذْنُكُمْ لِلَّذِينَ آمَنُوا لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ * إِلَى قَوْلِهِ)

لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ ، ثُمَّ لَوْ لَمْ يَدْخُلْ عَلَى النِّسَاءِ لَحَصَلَ مِنْ نَفْعِهِ أَضْعَافٌ مَا يَحْصُلُ مِنْ دَخُولِهِ ، وَقَوَاتٌ شَيْءٌ إِلَى مَا هُوَ أَنْفَعُ مِنْهُ لَا يَبْعُدُ قَوَاتًا ، كَنْ اشْتَرَى بِدَرَاهِمٍ مَا يَسَاوِي عَشْرَةَ لَا يَبْعُدُ قَوَاتًا وَلَا خَسِرَانًا ، وَلَا يَعْتَبَرُ لَوْنُ الْغَرَةِ ، وَذَكَرَ عَنْ أَبِي عَمْرٍو ابْنَ الْعَمَلَاءِ ، أَنَّ الْغَرَةَ لَا تَسْكُونُ إِلَّا بَيْضَاءَ ، وَلَا يَقْبَلُ عَبْدٌ أَسْوَدَ ، وَلَا جَارِيَةٌ سُودَاءَ .

ولنا : أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِعَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ ، وَأَطْلَقَ مَعَ غَلْبَةِ السَّوَادِ عَلَى مَبْفُذِهِمْ وَإِمَائِهِمْ ، وَلِأَنَّهُ حَيَوَانٌ يَجِبُ دِيَّةٌ ، فَلَمْ يَعْتَبَرْ لَوْنُهُ كَالْإِبِلِ فِي الدِّيَةِ .

الفصل الرابع

٦٨٥٨

أَنَّ الْغَرَةَ قِيمَتُهَا نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ ، وَهِيَ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ هُرَ ، وَزَيْدٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، وَبِهِ قَالَ النَّخَعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ وَرَبِيعَةُ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ أَقَلُّ مَا قَدَرَهُ الشَّرْعُ فِي الْجَنَائِزَاتِ ، وَهُوَ أَرْشُ الْمَوْضُحَةِ ، وَدِيَّةُ الْبَنَاتِ ، فَرَدَدْنَاهُ إِلَيْهِ .

فَإِنْ قِيلَ . فَقَدْ وَجِبَ فِي الْأَتَمَّةِ ثَلَاثَةُ أَبْعَرَةٍ وَثَلَاثُ ، وَذَلِكَ دُونَ مَا ذَكَرْتُمُوهُ ، قُلْنَا : الَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ صَاحِبُ الشَّرِيعَةِ غَرَةَ قِيمَتُهَا أَرْشُ الْمَوْضُحَةِ ، وَهُوَ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ ، وَإِذَا كَانَ أَبُو الْجَنِينِ كِتَابِيَيْنِ فَفِيهِ غَرَةُ قِيمَتُهَا نِصْفُ قِيَمَةِ الْغَرَةِ الْوَاجِبَةِ فِي الْمُسْلِمِ : وَفِي جَنَيْنٍ الْجَوْسِيَةِ غَرَةُ قِيمَتُهَا أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وَإِذَا تَعَذَّرَ وَجُودُ غَرَةِ هَذِهِ الدِّرَاهِمِ وَجِبَتْ الدِّرَاهِمُ ، لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ . وَإِذَا اتَّفَقَ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ مِنَ الْأَصُولِ كُلِّهَا بِأَنَّ تَسْكُونُ قِيمَتُهَا خَمْسًا مِنَ الْإِبِلِ ، وَخَمْسِينَ دِينَارًا ، أَوْ سِتْمِائَةَ دِرْهَمٍ فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ قِيَمَةُ الْإِبِلِ فَنِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ مِنْ غَيْرِهَا ، مِثْلُ أَنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْإِبِلِ أَرْبَعِينَ دِينَارًا أَوْ أَرْبَعِمِائَةَ دِرْهَمٍ فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخُرْقِيِّ : أَنَّهَا تَقُومُ بِالْإِبِلِ ، لِأَنَّهَا الْأَصْلُ ، وَعَلَى قَوْلِ غَيْرِهِ مِنْ أَصْحَابِنَا تَقُومُ بِالذَّهَبِ أَوْ الْوَرَقِ ، فَجَعَلَ قِيمَتُهَا خَمْسِينَ دِينَارًا أَوْ سِتْمِائَةَ دِرْهَمٍ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا قُومَتْ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ بِهِ ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرَقِ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ جَمِيعًا قُومُوا مِنْ هِيَ عَلَيْهِ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ، لِأَنَّ الْخُطْبَةَ إِلَى الْجَانِي فِي دَفْعِ مَا شَاءَ مِنَ الْأَصُولِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَقُومَ بِأَدْنَاهَا عَلَى كُلِّ حَالٍ لِذَلِكَ ، وَإِذَا لَمْ يَجِدْ الْغَرَةَ انْتَقَلَ إِلَى خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ عَلَى قَوْلِ الْخُرْقِيِّ ، وَعَلَى قَوْلِ غَيْرِهِ يَنْتَقِلُ إِلَى خَمْسِينَ دِينَارًا ، أَوْ سِتْمِائَةَ دِرْهَمٍ .

الفصل الخامس

٦٨٥٩

أَنَّ الْغَرَةَ مَوْرُوثَةٌ عَنِ الْجَنَيْنِ ، كَأَنَّهُ سَقَطَ حَيًّا ، لِأَنَّهَا دِيَّةٌ لَهُ ، وَبَدَلَ عَفْوِهِ ، فَيَرْثُهَا وَرَثَتُهُ ، كَمَا لَوْ قُتِلَ بَعْدَ الْوِلَادَةِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ اللَّيْثُ : لَا تَوَرَّثُ ، بَلْ تَكُونُ بِدَلَّةٍ لِأَتَمِّهِ ، لِأَنَّهُ كَمَضُوءٍ مِنْ أَعْضَانِهَا ، فَأَشْبَهَ يَدَهَا .

ولنا : أنها دية آدمى حر ، فوجب أن تكون موروثه عنه ، كما لو ولدته حياً ثم مات . وقوله : إنه عضو من أعضائها لا يصح ، لأنه لو كان عضواً لدخل بدله في دية أمه كيدها ، ولما منع من القصاص من أمه ، وإقامة الحد عليها من أجله ، ولما وجبت الكفارة بقتله ، ولما صح عتقه دونها ، ولا عتقها دونه ، ولا تصور حياته بعد موتها ، ولأن كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحى ، فعلى هذا إذا أسقطت حنيفاً ميتاً ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من دينه ، ثم يرثها ورثته . وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه . وإن خرج حياً ثم مات قبلها ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من دينه ، ثم يرثها ورثتها . وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه ، وإن خرج حياً ثم ماتت قبله ثم ماتت أو ماتت ، ثم خرج حياً ثم مات ورثها ، ثم يرثه ورثته . وإن اختلف ورثتهما في أولها موتاً فحكماهما حكم الفرق على ما ذكر في موضعه ويحى على قول الخرقى في المسألة التي ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يحلف ورثة كل واحد منهما ، ويختصوا بميراثه ، وإن ألفت جنيناً ميتاً أو حياً ثم ألفت آخر حياً ففي الميت غرة ، وفي الحى الأول دية كاملة إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ، ويرثهما الآخر ثم يرثه ورثته إن مات . وإن كانت الأم قد ماتت بعد الأول وقبل الثانى فإن دية الأول ترث منها الأم والجنين الثانى ، ثم يصير ميراثه لورثته وإن ماتت الأم بعدها ورثتهما جميعاً .

فصل

٦٨٦٠

وإذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنةً في كل واحد غرة ، وبهذا قال الزهرى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . قال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنه ضمان آدمى ، فتمدده كالديات . وإن ألقتهم أحياء في وقت يعيشون في مثله ثم ماتوا في كل واحدة دية كاملة . وإن كان بعضهم حياً فمات بعضهم ميتاً في الحى دية ، وفي الميت غرة .

فصل

٦٨٦١

وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه ، نص عليه أحمد إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد ، لما روى المغيرة بن شعبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بفرقة عبد أو أمة على عصبية القاتلة . وإن كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة وقال الشافعى : تحمله العاقلة على كل حال ، بناء على قوله إن العاقلة تحمل القليل والكثير ، والجنانية على الجنين ليست بعمد ، لأنه لا يتحقق وجوده ليسكون مقصوداً بالضرب .

ولنا : أن العاقلة لا تحمل مادون الثالث على ما ذكرناه ، وهذا دون الثالث ، وإذا مات وحده أو من

جناية عمد فدية أمه على قاتلها ، فكذلك دية ، لأن الجناية لا يحمل بعض ديتها الجاني وبعضها غيره ، فيكون الجميع على القاتل ، كما لو قطع عمداً فسرت الجناية إلى النفس .

٦٨٦٢

مسألة

قال : ﴿ وإن كان الجنين مملوكاً ففيه عشر قيمة أمه ، سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا كان جنين الأمة مملوكاً فسقط من الضربة ميتة ففيه عشر قيمة أمه ، هذا قول الحسن ، وقادة ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر . وبنحوه قال النخعي ، والزهرى . وقال زيد بن أسلم : يجب فيه نصف عشر غرة ، وهو خمسة دنانير ، وقال الثوري ، وأبو حنيفة وأصحابه : يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكراً ، وعشر قيمته إن كان أنثى ، لأن الغرة واجبة في جنين الحرة نصف عشر دية الرجل ، وعشر دية الأنثى ، وهذا متلف ، فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه ، ولأنه جنين مضمون تلف بالضربة ، فكان فيه نصف عشر الواجب فيه إذا كان ذكراً كبيراً ، وعشر الواجب إذا كان أنثى كجنين الحرة ، وقال محمد بن الحسن : مذهب أهل المدينة بفضي إلى أن^(١) يجب في الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حياً .

ولنا : أنه جنين مات بالجناية في بطن أمه ، فلم يختلف ضمانه بالذكورة والأنوثة كجنين الحرة ، ودليلهم نقله عليهم فنقول : جنين مضمون تلف بالجناية ، فكان الواجب فيه عشر ما يجب في أمه كجنين الحرة . وما ذكره من مخالفة الأصل معارض بأن مذهبهم بفضي إلى تفضيل الأنثى على الذكر ، وهو خلاف الأصول ، ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجب قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة ، ولأن مخالفتهم أشد من مخالفتنا ، لأننا اعتبرناه إذا كان ميتاً بأمه ، وإذا كان حياً بنفسه ، فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحي ، مع اختلاف الجاهل ، كما جاز أن يزيد البعس على الكل في أن من قطع أطراف إنسان^(٢) الأربعة كان الواجب عليه أكثر من دية الففص كلها ، وهم فضّلوا الأنثى على الذكر مع اتحاد الجهة ، وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمته تارة ، ونصف عشرها أخرى ، وهذا لا نظير له .

إذا ثبت هذا فإن قيمة أمه معتبرة يوم الجناية عليها ، وهذا منصوص الشافعي ، وقال بعض أصحابه : تقوم حين أسقطت ، لأن الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار . ويتخرج لنا وجه كذلك .

ولنا : أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس ، فكان الاعتبار بحال الجناية ، كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات ، فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية ،

ولأن قيمتها تغير بالجناية وتنقص ، فلم تقوم في حال نقصها الحاصل بالجناية ، كما لو قطع يدها فماتت من سرايتها ، أو قطع يدها فمرضت بذلك ثم اندملت جراحتها .

فصل

٦٨٦٣

وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة ، وأم الولد إذا حملت من غير مولاه ، حكم ولد الأمة ، لأنه مملوك ، ولا تحمل العاقلة شيئاً من ذلك لأن العاقلة لا تحمل عبداً بحال . فأما جنين المعتق بعضها فهو كهي ، فيه من الحرية مثل ما فيها ، فإذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته ، وفي النصف الباقي نصف عشر قيمة أمه لسيده .

فصل

٦٨٦٤

وإن وطئ أمة بشبهة ، أو غر بأمة فتزوجها وأحبلها ، فضر بها ضارب . فأقت جنيناً فهو حر ، وفيه غرة موروثه عنه لورثته ، وعلى الواطئ عشر قيمتها لسيدها ، لأنه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكاً لسيده على ضاربه عشر قيمة أمه ، فلما انعق بسبب الوطء فقد حال بين سيدها وبين هذا اللقدر ، فألزمناه ذلك للسيد ، سواء كان بقدر الغرة أو أكثر منها أو أقل .

فصل

٦٨٦٥

إذا سقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمي في طهر واحد وجب فيه اليقين ، وهو مافى جنين الذمي ، فإن ألحق بعد ذلك بالذمي فقد وفي ماعليه ، وإن ألحق بمسلم فعليه تمام الغرة ، وإن ضرب بطن نصرانية فأسقطت وادعت أو ادعى ورثته أنه من مسلم حملت به من وطء شبهة أو زنا ، فاعترف الجاني ، فعليه غرة كاملة . وإن كان مما تحمله للعاقلة فاعترف أيضاً فالغرة عليها ، وإن أنكرت حلفت وعليها مافى جنين الذميين ، والباقي على الجاني فالغرة عليها مع دية أمه ، وإن أنكر الجاني والعاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم : أننا لانعلم أن هذا الجنين من مسلم ، ولا تلزمهم اليمين على البت ، لأنها يمين على النفي في فعل الغير ، فإذا حلفوا وجبت دية ذمي ، لأن الأصل أن ولدها تابع لها ، ولأن الأصل براءة الذمة . وإن كان مما لا تحمله العاقلة فالقول قول الجاني وحده مع يمينه ، ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجاني أن الجنين من ذمي بوطء شبهة أو زنا فالقول قول ورثة الجنين ، لأن الجنين محكوم بإسلامه ، فإن الولد للفراش .

فصل

٦٨٦٦

وإذا كانت الأمة بين شريكين فحملت بمملوك فضر بها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة ، لأنه أتلف

آدمياً ، ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ، ويسقط ضمان نصيبه لأنه ماله ، وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً ثم أسقطت عتق نصيبه منها . ومن ولدها ، وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الأم ، وعليه نصف غرة من أجل النصف الذي صار حراً يورث عنه بمنزلة مال الجفنين ، ترث أمه منه بقدر ما فيها من الحرية ، والباقي لباقي ورثته .

هذا قول القاضى وقياس قول أبى بكر وأبى الخطاب ، لا يجب^(١) على الضارب ضمان ما أعتقه ، لأنه حين الجناية لم يكن مضموناً عليه ، والاعتبار في الضمان بحال الجناية ، وهى الضرب ، ولهذا اعتبرنا قيمة الأم حال الضرب ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، وهذا أصح إن شاء الله ، لأن الإتلاف حصل بفعل غير مضمون ، فأشبهه ماله جرح حربياً فأسلم ثم مات بالسراية ، ولأن موته يحتمل أن يسكون قد حصل بالضرب ، فلا يتجدد ضمانه بعد موته ، والأصل براءة ذمته . وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليها وإلى جنينها ، وفي الضمان الوجهان . فعلى قول القاضى في الجنين غرة موروثه عنه ، وعلى قياس قول أبى بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ، ولا يضمن أمه ، لأنه قد ضمنها بإعتاقها فلا يضمنها بقتلها . وإن كان المعتق الشريك الذى لم يضرب وكان معسراً فلا ضمان على الشريك في نصيبه ، لأن العتق لم يسر إليه ، وعليه في نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضى ، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه ، يكون سيده اعتباراً بحال الجناية . وكذلك الحكم في ضمان الأم إذا ماتت من الضربة ، وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليهما وصارا حرين ، وعلى المعتق ضمان نصف الأم ، ولا يضمن نصف الجنين ، لأنه يدخل في ضمان الأم كما يدخل في بيعها ، وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثه عنه على قول القاضى ، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه ، وليس عليه ضمان نصيبه ، لأنه ماله حال الجناية عليه ، وأما ضمان الأم ففي أحد الوجهين فيها دية حرة ، لسيدها منها أقل الأمرين من ديتها أو قيمتها ، وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدها كما تقدم فيمن^(٢) قطع يد عبد ثم أعتق ومات .

فصل

٦٨٦٧

ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنيناً ميتاً لم يضمنه في قياس قو وأبى بكر ، لأن جنائته لم تسكن مضمونة في ابتدائها ، فلم يضمن سرايتها كما لو جرح سرتداً فأسلم ثم مات ، ولأن موت

(١) في ٢٨ : ألا يجب .

(٢) في المطبوعة : من قطع . وما في ١٨ أوضح .

الجنين يحتمل أنه حصل بالضربة في مملوكه ، ولم يتجدد بعد العتق ما يوجب الضمان : وعلى قول ابن حامد عليه غرة لا يرث منها شيئاً ، لأن اعتبار الجنابة بحال اسقرارها . ولو كانت الأمة لشريكين فضر بها ثم أعتقها معا فوضعت جنيناً ميتاً ، فعلى قول أبي بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه ، لأن كل واحد منهما جنى على الجنين ونصفه له ، فسقط عنه ضمانه ولزم ضمان نصفه الذي لشريكه بنصف عشر قيمة أمه ، اعتباراً بحال الجنابة ، وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما الغرة ، للأمم منها الثالث ، وباقيها للورثة ، ولا يرث القاتل منها شيئاً .

فصل

٦٨٦٨

إذا ضرب ابن المعلقة الذي أبوه عبد بطن امرأة ، ثم أعتق أبوه ، ثم أسقطت جنيناً وماتت ، احتمل أن تكون ديتها في مال الجاني على ما تقدم ذكره ، واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصباته في قياس قول أبي بكر ، اعتباراً بحال الجنابة ، وعلى قياس قول ابن حامد على مولى الأب وأقاربه ، اعتباراً بحال الإسقاط ، وإن ضرب ذمي بطن امرأته الذمية ثم أسلم ، ثم أسقطت ، لم تحمله عاقبته ، وإن مات معه فكذلك ، لأن عاقبته المسلمين لا يعقلون عنه ، لأنه كان حين الجنابة ذمياً ، وأهل الذمة لا يعقلون عنه ، لأنه حين الإسقاط مسلم ، ويحتمل أن يكون عقله في قياس قول أبي بكر على عاقبته من أهل الذمة اعتباراً بحال الجنابة ، ويكون في الجنين ما يجب في الجنين الكافر ، لأنه حين الجنابة محكوم بكفره ، وعلى قياس قول ابن حامد تجب فيه غرة كاملة ، ويكون عقله وعقل أمه على عاقبته المسلمين اعتباراً بحال الاستقرار .

مسألة

٦٨٦٩

قال : (وإن ضرب بطنها فألقت جنيناً حياً ثم مات من الضربة فقيه دية حر إن كان حراً ، أو قيمته إن كان مملوكاً ، إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله ، وهو أن يكون لسته أشهر فصاعداً) .

هذا قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في الجنين يسقط حياً من الضرب دية كاملة . منهم : زيد بن ثابت ، وعروة ، والزهرى ، والشعبي ، وقتادة ، وابن شبرمة ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وذلك لأنه مات من جنابته بعد ولادته ، في وقت يعيش لمثله ، فأشبهه قتله بعد وضعه . وفي هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدها

٦٨٧٠

أنه إنما يضمن بالدية إذا وضعته حياً ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم ، سواء ثبتت باستهلاله ،

أو ارتضاعه ، أو تنفسه ، أو عطاسه ، أو غيره من الأمارات التي تعلم بها حياته . هذا ظاهر قول الخرقى . وهو مذهب الشافعى وروى عن أحمد : أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال وهذا قول الزهرى ، وقتادة ، ومالك ، وإسحاق ، وروى معنى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وابن عباس ، والحسن بن على ، وجابر رضى الله عنهم ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا استهل ^(١) المولود ورث وورث » مفهومه أنه لا يرث إذا لم يستهل . والاستهلال : الصياح . قاله ابن عباس ، والقاسم ، والنخعى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ^(٢) « ما من مولود يولد إلا معه الشيطان فيستهل صارخاً إلا مريم وابنها » فلا يجوز غير ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم . والأصل فى تسمية الصياح استهلالاً أن من عادة الناس أنهم إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضاً ، فسمى صياح المولود استهلالاً ، لأنه فى ظهوره بمد خفائه كالهلال ، وصياحه كهياح من يترأاه .

ولما : أنه علمت حياته ، فأشبهه المستهل ، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم فى سائر الصور ، لأن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه ، وعطاسه صوت منه ، كهياحه وأما الحركة والاختلاج المفرد فلا يثبت به حكم الحياة لأنه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر ، وهو خروجه من مضيق ، فإن اللحم يختلج سيما إذا عصر ثم ترك ، فلم تثبت بذلك حياته .

الفصل الثانى

٦٨٧١

أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ، ويحصل ذلك بسقوطه فى الحال ، وموته متأماً إلى أن يموت ، أو بقاء أمه متأمة إلى أن تسقطه ، فيعلم بذلك موته بالجنابة ، كما لو ضرب رجلاً فمات عقيب ضربه . أو بقى ضمناً حتى مات . وإن ألقته حياً فجاء آخر فقتله وكان فيه حياة مستقرة فعلى الثانى القصاص إذا كان عمداً ، أو الدية كاملة ، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الأول ، وعليه الدية كاملة ، وعلى الثانى الأدب . وإن وقع الجنين حياً ثم بقى زمناً سالماً لا ألم به لم يضممه الضارب ، لأن الظاهر أنه لم يمت من جنابته .

الفصل الثالث

٦٨٧٢

أن الدية الكاملة إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لسته أشهر فصاعداً . فإن كان لدون ذلك ففيه غرة كما لو سقط متأماً ، وبهذا قال المزنى ، وقال الشافعى : فيه دية كاملة ، لأننا علمنا حياته ، وقد تلفت من جنابته .

(١) أخرجه أبو داود عن أبي هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ (إذا استهل المولود ورث ، بالبناء للجهول وروى النسائى عن جابر بلفظ « الصبي إذا استهل ورث وصلى عليه » (ف)
(٢) أخرجه أحمد وسلم عن أبي هريرة (ف)

وانسا : أنه لم تعلم فيه حياة بقصور بقاؤه بها ، فلم تجب فيه دية كالوألقتهم ميتاً ، وكالمذبح . وقولهم : إننا علمنا حياته . قلنا : وإذا سقط ميتاً وله سقة أشهر فقد علمنا حياته أيضاً .

فصل

٦٨٧٣

وإذا ادعت امرأة على إنسان أنه ضربها فأسقطت جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الضرب . وإن أقر بالضرب أو قامت به بيينة وأنكر أن تكون أسقطت فالقول قوله أيضاً مع يمينه ، لأنه لا يعلم أنها أسقطت ، ولا تلزمه اليمين على البت ، لأنها يمين على فعل الغير ، والأصل عدمه ، وإن ثبت الإسقاط والضرب بيينة أو إقرار قاضي أنها أسقطته من غير ضربة نظرنا ، فإن كانت أسقطت^(١) عقيب ضربه فالقول قولها ، لأن الظاهر أنه منه ، لوجوده عقيب شيء يصلح أن يكون سبباً له ، وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أو فعل ذلك غيرها فحصل الإسقاط به فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم ذلك . وإن أسقطت بعد الضرب بأيام نظرنا فإن كانت متألماً إلى حين الإسقاط فالقول قولها ، وإن لم تكن متألماً فالقول قوله مع يمينه ، كما لو ضرب إنساناً فلم يبق متألماً ولا ضمناً ومات بعد أيام . وإن اختلفا في وجود التألم فالقول قوله ، لأن الأصل عدمه ، وإن كانت متألماً في بعض المدة فادعى أنها برئت وزال ألمها وأنكرت ذلك فالقول قولها ، لأن الأصل بقاؤه .

وإن ثبت إسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حياً وأنكرها فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن تقوم لها بيينة باستهلاكه ، لأن الأصل عدم ذلك ، وإن ثبت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله وأنكرها فالقول قولها مع يمينها ، لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها ، ولا يمكن إقامة البيينة عليه ، فقبل قولها فيه كانهضاء عذتها ، ووجود حيضها وطهرها . وإن أقامت بيينة باستهلاكه وأقام الجاني بيينة بعدم استهلاكه قدمت بيئتها ، لأنها مثبتة ، فتقدم على النافية ، لأن المثبتة معها زيادة علم .

وإن ادعت أنه مات عقيب إسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها ، لأن الأصل عدم حياته . وإن أقام كل واحد منهما بيينة بدعواه قدمت بيينة الجاني ، لأن معها زيادة علم ، وإن ثبت أنه عاش مدة فادعت أنه بقي متألماً حتى مات وأنكر ذلك فالقول قوله ، لأن الأصل عدم التألم ، وإن أقاما بينتتين قدمت بيئتها ، لأن معها زيادة علم ، وقبل في استهلاك الجنين وسقوطه وبقائه متألماً أمه متألماً قول امرأة واحدة ، لأنه مما لا يطلع عليه الرجال ، فإن الغالب أنه لا يشهد الولادة إلا النساء ، والاستهلاك يقتضيه حال المرأة وولادتها وحال الطفل ، ويعرفن علله وأمراضه ، وقوته

(١) في ١٨ أسقطته .

وضمعه دون الرجال . وإن اعترف الجاني باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة لم تحمله العاقلة ، وكانت الدية في مال الجاني ، لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً ، وإن كان مما تحمل العاقلة فيه الغرة فعلى العاقلة غرة ، وباقي الدية في مال القاتل .

فصل

٦٨٧٤

وإن انفصل منها جنيان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما وانفقوا على ذلك ، واختلقوا في المستهل ، فقال الجاني : هو الأنثى ، وقال وارث الجنين : هو الذكر ، فالقول قول الجاني مع يمينه ، لأن الأصل عدم الاستهلال من الذكر ، وبرائة ذمته من الزائد على دية الأنثى ، فإن كان لأحدهما بيعة قدم بها . وإن كان لكل واحد منهما بيعة وجبت دية الذكر ، لأن البيعة قد قامت باستهلاله ، والبيعة المعارضة لها نافذة له ، والإثبات مقدم على النفي .

فإن قيل . فينبغي أن تجب دية الذكر والأنثى ، قلنا : لا تجب دية الأنثى ، لأن المستحق لها لم يدها ، وهو مكذب للبيعة الشاهدة بها ، وإن ادعى الاستهلال منهما ثبت ذلك بالبيعتين ، وإن لم تكن بيعة فاعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم ، فإذا حلفوا كانت عليهم دية الأنثى وغرة إن كانت تحمل الغرة ، وعلى الضارب تمام دية الذكر ، وهو نصف الدية ، لا تحمله^(١) العاقلة لأنه ثبت باعترافه وإن انفقوا على أن أحدهما استهل ولم يعرف بيمينه لزم العاقلة دية أنثى لأنها متيقنة ، وتما دية الذكر مشكوك فيه ، والأصل براءة الذمة منه ، فلم يجب بالشك ، وتجب الغرة في الذي لم يستهل .

فصل

٦٨٧٥

إذا ضربها فألقت يداً ثم ألقت جنيهاً فإن كان إلقاؤها متقارباً أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد في ضمان الجنين ، لأن الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبه ما لو قطع يد رجل وسرى القطع إلى نفسه ثم إن كان الجنين سقط ميتاً أو حياً لا يعيش لمثله ففيه غرة وإن ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة وإن بقي حياً فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزله من قطع يدرجل فاندملت . وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي بسأل القوابل ، فإن قلن إنها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة ، وإن قلن يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية .

ولنا : أن الجنين إنما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حياً قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق المصدوق ، في أنه تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر ، وأقل ما يبقى بعد

ذلك شهران ، لأنه لا يحصى إذا وضعته لأقل من ستة أشهر ، والكلام مفروض فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والإسقاط مدة تزيد ظن سقوطه بها ، فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه ، وأما إن أُلقت اليد وزال الألم ثم أُلقت الجنين ضمن اليد وحدها ، بمنزلة من قطع يداً ، فاندملت ثم مات صاحبها ، ثم انظر فإن ألقته ميتاً أو لوقت لا يعيش مثله ففي اليد نصف غرة ، لأن في جميعه غرة ، ففي يده نصف دية ، وإن ألقته حياً لوقت يعيش مثله ثم مات أو عاش ، وكان بين إلقاء اليد وبين إلقائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيها أرى القوابل هاهنا ، فإن قلن : إنها يد من لم تخلق فيه الحياة وجب نصف غرة ، وإن قلن : إنها يد من خلقت فيه الحياة ومضى له ستة أشهر ففيه نصف الدية ، وإن قيل : إنها يد من خلقت فيه الحياة ، ولم تمض له ستة أشهر وجب فيه نصف غرة ، لأنها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة ، فأشبهت يد من لم ينفخ فيه روح . وإن أشكل الأمر عليهن وجب نصف الغرة ، لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فلا يجب بالشك .

مسألة

٦٨٧٦

قال : (وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة مؤمنة ، سواء كان الجنين حياً أو ميتاً) .

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن ، وعطاء ، والزهري ، والحكم ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق . قال ابن المنذر : كل من تحفظ عنه من أهل العلم أوجب على ضارب بطن المرأة تلقى^(١) جنيناً الرقبة مع الغرة . وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه . وقال أبو حنيفة : لا تجب الكفارة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب الكفارة حين أوجب الغرة .

ولنا : قول الله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ)^(٢) ، وقال : (وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مَسْلُومَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) ، وهذا الجنين إن كان من مؤمنين أو أحد أبويه [مؤمنين]^(٣) فهو محكوم بإيمانه تبعاً [له]^(٤) يرثه ورثته للمؤمنون ، ولا يرث الكافر منه شيئاً ، وإن كان من أهل الذمة فهو من قوم يديننا وبينهم ميثاق ، ولأنه نفس مضمون بالدية فوجب فيه الرقبة كالكبير ، وترك ذكر الكفارة لا يمنع وجوبها ، كقوله عليه السلام : « في النفس^(٥) المؤمنة مائة من الإبل » ، وذكر الدية في مواضع ، ولم يذكر الكفارة ، ولأن النبي صلى

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

(٤) الزيادة من ١٨ .

(١) في ٢٩ : إذا أُلقت .

(٣) الزيادة من ١٨ .

(٥) سبق تخريجه (ف)

الله عليه وسلم قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة ، ولم يذكر كفارة ، وهى واجبة ، كذا هاهنا ، وإنما كان كذلك لأن الآية أغنت عن ذكر الكفارة فى موضع آخر ، فاكفى بها ، وإن ألفت المضروبة أجبة فى كل جنين كفارة ، كما أن فى كل جنين غرة أو دية ، وإن اشترك جماعة فى ضرب امرأة ، فألفت جنيناً فديته أو الغرة عليهم بالخصم ، وعلى كل واحد منهم كفارة ، كما إذا قتل جماعة رجلاً واحداً ، وإن ألفت أجبة فديتهم عليهم بالخصم ، وعلى كل واحد فى كل جنين كفارة ، فلو ضرب ثلاثة بطن امرأة فألفت ثلاثة أجبة فديتهم تسع كفارات ، على كل واحد ثلاثة .

مسألة

٦٨٧٧

قال : (وإذا شربت الحامل دواء فألفت به جنيناً فعليها غرة ، لا ترث منها شيئاً ، وامتق رقبة) .
ليس فى هذه الجملة اختلاف بين أهل العلم نعلمه ، إلا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة على ما قدمنا ، وذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنابتها ، فلزمها ضمانه بالغرة ، كالأجنى عليه غيرها ، ولا ترث من الغرة شيئاً ، لأن القاتل لا يرث المقتول ، وتسكون الغرة لسائر ورثته ، وعليها عتق رقبة كما قدمنا ، ولو كان الجانى المسقط للجنين أباه أو غيره من ورثته فعليه غرة لا يرث منها شيئاً ، ويمتق رقبة وهذا قول الزهرى والشافعى وغيرهما .

فصل

٦٨٧٨

وإن جنى على بهيمة فألفت جنينها ففيه ما نقصها فى قول عامة أهل العلم . وحكى عن أبى بكر : أن فيه عشر قيمة أمه ، لأنه جنابة على حيوان يملك بيمة أسقطت جنينه ، أشبه جنين الأمة ، وهذا لا يصح ، لأن الجنابة على الأمة تقدر من قيمتها ، وفى يدها نصف قيمتها ، وفى موضعها نصف عشر قيمتها يقدر^(١) جنينها من قيمتها كعض أعضائها ، والبهيمة إنما يجب فى الجنابة عليها قدر نقصها ، فكذلك فى جنينها ، ولأن الأمة آدمية ألحقت بالأحرار فى تقدير أعضائها من دينها ، والبهيمة بخلاف ذلك .

مسألة

٦٨٧٩

قال : (وإذا رمى ثلاثة بالمجنون فرجع الحجر فقتل رجلاً ، فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية ، وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة فى ماله) .

أما عتق رقبة على كل واحد منهم فلا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم ، لأن كل واحد منهم مشارك فى إتيان آدمى معصوم ، والكفارة لاتتبع بعض ، فكملت فى حق كل واحد منهم ، ثم لا يخلو من حالين :

(١) فى ٢٩ و ١٨ : ويقدر جنينها .

(أحدهما : أن يقتل واحداً منهم)^(١) .

والثاني^(٢) : أن يقتل واحداً من غيرهم ، فعلى كل واحد عتق رقبة كما ذكرنا ، والدية على عواقلم أثلاثاً ، لأن الماقلة تحمل الثلث فما زاد ، سواء قصدوا رمي واحد بعينه ، أو رمي جماعة ، أو لم يقصدوا ذلك ، إلا أنهم إن لم يقصدوا قتل آدمي معصوم ، فهو خطأ دية الخطأ ، وإن قصدوا رمي جماعة أو واحد بعينه فهو شبه عمد ، لأن قصد الواحد بعينه بالمتجنيق لا يكاد يفضي إلى إتلافه فتكون دية مفاظة على الماقلة ، إلا أنها في ثلاث سنين وعلى قول أبي بكر لا تحمل الماقلة دية شبه العمد ، فلا تحمله هاهنا .
والثاني^(٣) : أن يصيب رجلاً منهم ، فعلى كل واحد كفارة أيضاً ، ولا تسقط عن أصابه الحجر ، لأنه شارك في قتل نفس مؤمنة ، والكفارة إنما تجب لحق الله تعالى ، فوجب عليه بالمشاركة في نفسه ، كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره . وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه :

أحدها : أن على عاقلة كل واحد منهم ثلث دية لورثة المقتول ، لأن كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالأجانب ، وهذا ينبئ على إحدى الروايتين في أن جناية المراء على نفسه أو أهله خطأ ، يحمل عقلم عاقلته :

الوجه الثاني : ماقابل فعل المقتول ساقط لا يضممه أحد ، لأنه شارك في إتلاف حقه ، فلم يضمن ماقابل فعله ، كالمشارك في قتل بهيمته أو عبده ، وهذا الذي ذكره القاضي في المجرى ، ولم يذكر غيره ، وهو مذهب الشافعي .

الثالث : أن يلغى فعل المقتول في نفسه وتجب دية بكاملها على عاقلة الآخرين ، يصفين قال أبو الخطاب هذا قياس المذهب بناء على مسألة المتصاعدين ، والذي ذكره القاضي أحسن وأصح في النظر ، وقد روى نحوه عن علي رضي الله عنه في مسألة القارصة والقامصة والواقصة . قال الشعبي : وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارن^(٤) فركبت إحداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت^(٥) فسقطت الزاكية فوقصت عنقها فماتت ، فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقضى بالدية أثلاثاً على عواقلم وألغى الثالث الذي قابل فعل الواقصة ، لأنها أعانت على قتل نفسها ، وهذه شبيهة بمسألتنا ، ولأن المقتول مشارك في القتل ، فلم تكمل الدية على شريكه ، كالمشاركين واحداً من غيرهم ، وإن رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول تجب ديتهم على عواقلم أثلاثاً ، وعلى كل واحد كفارتان ، وعلى الوجه الثاني تجب

(١) ما بين الحاصرين سقط من ١٨ . (٢) في ١٨ : الأولى .

(٣) هذا هو الحال الثاني الذي ذكره المؤلف وسقط من ١٨ .

(٤) كلمة (فارن) محذوفة من شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٣٠٣ والكلام يتم بدونها (ف)

(٥) أى اضطربت بشدة فألقت ما عليها .

على عاقلة الحى منهم لكل ميت ثلث دية ، وعلى عاقلة واحد من الميتين ثلث دية صاحبه ، ويلغى فعله في نفسه ، وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحى لكل واحد من الميتين نصف الدية ، ويجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه .

مسألة

٦٨٨٠

قال : ﴿ وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم ﴾ .

هذا هو الصحيح في المذهب ، سواء كان المقتول منهم ، أو من غيرهم ، إلا أنه إذا كان منهم يكون فعل المقتول في نفسه هدرًا ، لأنه لا يجب عليه لنفسه شيء ، ويكون باقي الدية في أموال شركائه حالا ، لأن التأجيل في الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة ، وهذا لا تحمله العاقلة ، لأنها لا تحمل مادون الثالث ، والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث ، وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى : أن العاقلة تحملها ، لأن الجفاية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث ، والصحيح هو الأول ، لأن كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركائه ، وحمل العاقلة إنما شرع للتخفيف عن الجاني فيما يشق ويشغل ، وما دون الثلث يسير على ما أسلفناه ، والذي يلزم كل واحد أقل من الثلث ، وأما قوله : إنه فعل واحد ، قلنا : بل هي أفعال ، لأن فعل كل واحد غير فعل الآخر ، وإنما موجب الجميع واحد ، فأشبهه ما لو جرحه كل واحد جرحًا ، فانت النفس بجميعها .

إذا ثبت هذا فالضمان يتعلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه في الكفة وأمسك الخشبة اعتباراً بالمباشر ، كمن وضع سهمًا في قوس رجل ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامي دون الواضع .

فصل

٦٨٨١

إذا سقط رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه ، لأنه قتله فضمنه كالو رمى عليه حجرًا ، ثم ينظر . فإن كان عمد رمى نفسه عليه ، وهو مما يقتل غالباً فعليه الفصاص ، وإن كان مملاً يقتل غالباً فهو شبه عمد ، وإن وقع خطأ فالدية على عاقلته مخففة ، وإن مات الثاني بوقوعه على الأول فدمه هدر ، لأنه مات بفعله ، وقد روى على بن رباح ^(١) اللخمي : أن رجلاً كان يقود أعمى فوق في بئر ، نفر ^(٢) البصير ووقع الأعمى فوق البصير فقتله ، فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد في الموسم :

يا أيها الناس لقيت مُنْكَرًا هل بعقل الأعمى الصحيح البصير ؟

* خَرًّا مَمًّا كِلَاهُمَا تَكْسَرَا *

(١) أخرجه الدارقطني ص ٢٣ طبع الهند ، ج ٢ ص ٩٨ طبعة القاهرة (ف)

(٢) في المطبوعة : خر البصير ، وما في ١٨ أوضح .

وهذا قول ابن الزبير ، وشریح ، والنخعي ، والشافعي ، وإسحاق . ولو قال قائل ^(١) : ليس على الأعمى ضمان البصير ، لأنه الذي قاده إلى المسكان الذي وقع فيه ، وكان سبب وقوعه عليه ، ولذلك لو فعله قصدًا لم يضمنه بغير خلاف ، وكان عليه ضمان الأعمى ، ولو لم يسكن سببًا لم يلزمه ضمان بقصده لسكان له وجه ، إلا أن يسكون مجعًا عليه فلا تجوز مخالفة الإجماع ، ويحتمل أنه إنما لم يجب للضمان على القائد لوجهين :

أحدهما : أنه مأذون فيه من جهة الأعمى ، فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئرًا في داره بإذنه فتلف بها .

الثاني : أنه فعل مندوب إليه مأمور به ، فأشبهه ما لو حفر بئرًا في سابلة ينتفع بها المسلمون ، فإنه لا يضمن ما تلف بها .

فصل

٦٨٨٢

فإن سقط رجل في بئر فتعلق بآخر فوقهما فدم الأول هدر ، لأنه مات من فعله وعلى عاقلة دية الثاني إن مات ، لأنه قتله بجذبه فإن تعلق الثاني بثالث فماتوا جميعًا فلا شيء على الثالث ، وعلى عاقلة الثاني دية في أحد الوجهين ، لأنه جذبه وبأشبهه بالجذب ، والمباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع . والثاني دية على عاقلة الأول والثاني نصفين ، لأن الأول جذب الثاني الجاذب للثالث ، فصار مشاركًا للثاني في إتيانها .

ودية الثاني على عاقلة الأول في أحد الوجهين ، لأنه هلك بجذبه . وإن هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبه الأول ، وجذبه نفسه للثالث ، فسقط فعل نفسه كالمصطدين ، وتجب دية بأكملها على الأول ، ذكره القاضى .

والوجه الثاني : يجب على الأول نصف دية ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه ، وهذا مذهب الشافعي ، ويتخرج وجه ثالث وهو : وجوب نصف دية على عاقلة لورثته ، كما قلنا فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم ، وأما الأول إذا مات بوقوعهما عليه ففيه الأوجه الثلاثة ، لأنه مات من جذبه وجذبه الثاني للثالث ، فتجب دية كلها على عاقلة الثاني ، ويأخذ فعل نفسه على الوجه الأول ، وعلى الثاني يهدر نصف دية المقابل لفعل نفسه ، ويجب نصفها على الثاني ، وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلة لورثته . وإن جذب الثالث رابعًا فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا شيء على الرابع ، لأنه لم يفعل شيئًا في نفسه ولا غيره ، وفي دية وجهان :

(١) لم يذكر ما يفيد الرد على قول القائل .

أحدها : أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه .

والثاني : على عاقلة الأول والثاني والثالث ، لأنه مات من جذب الثلاثة ، فكانت ديبته على عواقلمهم ، وأما الأول فقد مات بجذبته وجذبة الثاني . وجذبة الثالث ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يلغى فعل نفسه ، وتجب ديبته على عاقلة الثاني والثالث نصفين . الثاني : يجب على عاقلمهما ثلثاها ، ويسقط ما قابل فعل نفسه . الثالث : يجب : أنها على عاقلمته لورثته ، وأما الجاذب الثاني فقد مات بالأفعال الثلاثة ، وفيه هذه الأوجه المذكورة في الأول سواء . وأما الثالث ففيه مثل هذه الأوجه الثلاثة ووجهان آخران .

أحدهما : أن ديبته بكاملها على الثاني ، لأنه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله .

والثاني : أن على عاقلمته نصفها ، ويسقط النصف الثاني في مقابلة فعله في نفسه .

فصل

٦٨٨٣

وإن وقع بعضهم على بعض فأتوا نظرت فإن كان موتهم بذير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقاً بموت الواقع فيه بنفس الوقوع ، أو كان فيه ماء بفرق الواقع فيقتله ، أو أسد يأكلهم ، فليس على بعضهم ضمان بعض ، لعدم تأثير فعل بعضهم في هلاك بعض ، وإن شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم بعضاً ، لأن الأصل براءة الذمة ، فلا نشغلها بالشك ، وإن كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر ، لأن غيره لم يفعل فيه شيئاً ، وإنما هلك بفعله ، وعليه دية الثالث ، لأنه قتله بوقوعه عليه ، ودية الثاني عليه . وعلى الثالث نصفين ، ودية الأول على الثلاثة أثلاثاً .

فصل

٦٨٨٤

وإن هلكوا بأمر في البئر ، مثل أسد كان فيه ، وكان الأول جذب الثاني والثاني جذب الثالث ، والثالث جذب الرابع ، فقتلهم الأسد فلا شيء على الرابع ، وديبته على عاقلة الثالث في أحد الوجهين ، وفي الثاني على عواقل الثلاثة أثلاثاً . ودم الأول هدر وعلى عاقلمته دية الثاني ، وأما دية الثالث فعلى الثاني في أحد الوجهين وفي الآخر على الأول والثاني نصفين ، وهذه المسألة تسمى مسألة الزبية وقد روى حنبل الصنعاني أن قوماً من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحداً فجذب ثانياً فجذب الثاني ثالثاً ثم جذب الثالث رابعاً فقتلهم الأسد فرفع ذلك إلى على رضي الله عنه فقال الأول ربع الدية لأنه هلك فوقه واحداً وللرابع كمال الدية وقال فإني أجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم هو كما قال « رواه سعيد بن منصور قال حدثنا

أبو عوانة وأبو الأحوص عن سمالك بن حرب عن حنبل بنحو هذا المعنى قال أبو الخطاب : فذهب أحد إلى ذلك توقيفاً على خلاف القياس والقياس ما ذكرناه .

فصل

٦٨٨٥

ويجب للضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فإذا حفر بئراً في طريق الغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغير إذنه أو وضع في ذلك حجراً أو حديدة أو نصب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه إنسان أو دابة ضمنه لأنه تلف بعدوانه فضمنه كالوجني عليه ، روى عن شريح أنه ضمن رجلاً حفر بئراً فوق فيها رجل فمات ، وروى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال النخعي والشافعي وحامد والثوري والشافعي وإسحاق ، وإن وضع رجل حجراً وحفر آخر بئراً أو نصب سكينة فمهر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناسب السكين لأن واضع الحجر كالدافع له ، وإذا اجتمع الحافر والدافع فافضيان على الدافع وحده ، وبهذا قال الشافعي . ولو وضع رجل حجراً ثم حفر عنده آخر بئراً أو نصب سكينة فمهر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل أن يكون الحكم كذلك لما ذكرنا . واحتمل أن يضمن الحافر وناسب السكين لأن فعلهما متأخر من فعله فأشبه ما لو كان زق فيه مائع وهو واقف غل وكاه إنسان وأماله آخر فسأل مافيه كان للضمان على الآخر منهما ، وإن وضع إنسان حجراً أو حديدة في ملكه ، أو حفر فيه بئراً فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به ، فلا ضمان على المالك ، لأنه لم يقعد ، وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه ، وإن وضع حجراً في ملكه ونصب أجنبى فيه سكينة أو حفر بئراً بغير إذنه ، فمهر رجل بالحجر فوقع على السكين أو في البئر ، فالضمان على الحافر وناسب السكين لقتلهما ، إذ لم^(١) يتعلق الضمان بوضع الحجر لا انتفاء عدوانه ، وإن اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم ، وإن وضع اثنين حجراً واحداً حجراً فمهر بهما إنسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثاً في قياس المذهب . وهو قول أبي يوسف ، لأن السبب حصل من الثلاثة أثلاثاً ، فوجب الضمان عليهم وإن اختلفت أفعالهم ، كما لو جرحه واحد جرحين ، وجرحه اثنان جرحين ، فمات بهما . وقال زفر على الاثنين النصف ، وعلى واضع الحجر وحده النصف ، لأن فعله مساو لفعلهما . وإن حفر إنسان بئراً ونصب آخر فيها سكينة فوقع إنسان في البئر على السكين فمات فقال ابن حامد : الضمان على الحافر ، لأنه بمنزلة الدافع وهذا قياس المسائل التي قبها . ونص أحمد رحمه الله على : أن الضمان عليهما ، قال أبو بكر : لأنهما في معنى الممسك ، والقائل الحافر كالممسك ، وناسب السكين كالقائل ، فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة .

٦٨٨٦

فصل

وإن حفر بئراً في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه ، لأنه غير متعمد بحفرها ، وإن حفرها في موات لم يضمن ، لأنه غير متعمد بحفرها ، وكذلك إن وضع حجراً أو نصب شركاً أو شبهة أو منجلاً ليصيد بها ، وإن فعل شيئاً من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به ، لأنه متعمد ، وسواء أذن له الإمام فيه أو لم يأذن ، فإنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين ، ولو فعل ذلك الإمام لضمن ماتلف به لعمديه ، وإن كان الطريق واسعاً فحفر في مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك ، وإن حفر في موضع لا ضرر فيه نظرنا فإن حفرها لنفسه ضمن ماتلف بها ، سواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه ، وقال أصحاب الشافعي : إن حفرها بإذن الإمام لم يضمن ، لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه ، بدليل أنه يجوز أن يأذن في القعود فيه ويقتطعه لمن يبيع فيه .

ولنا : أنه تلف بحفر حفرة في حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم ، فضمن كما لو لم يأذن له الإمام ، ولا نسلم أن للإمام أن يأذن في هذا ، وإنما يأذن في القعود ، لأن ذلك لا يدوم ، وتمكن إزالته في الحال ، فأشبهه القعود في المسجد ، ولأن القعود جائز من غير إذن الإمام ، بخلاف الحفر ، وإن حفر البئر لدفع المسلمين مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق ، أو لشرب منه المارة ونحوها ، فلا ضمان عليه ، لأنه محسن بفعله ، غير متعمد بحفره ، فأشبهه باسط الحصير في المسجد ، وذكر بعض أصحابنا أنه لا يضمن إذا كان بإذن الإمام ، وإن كان بغير إذنه ففيه روايتان :

إحداها : لا يضمن ، فإن أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم : إذا أحدث بئراً لماء المطر ففيه نفع المسلمين^(١) ، أرجو أن لا يضمن .

والثانية : يضمن ، أو ما إليه أحد ، لأنه ، إفتات على الإمام ، ولم يذكر القاضى سوى هذه الرواية ، والصحيح هو الأول ، لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ، ويشق استئذان الإمام فيه ، ونعم البلوى به ، ففي وجوب استئذان الإمام فيه تفويت لهذه المصلحة العامة ، لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة استئذانه ، وكلفة الحفر معاً ، فتضيع هذه المصلحة ، فوجب إسقاط استئذانه كما في سائر المصالح العامة ، من بسط حصير في مسجد ، أو تعليق قنديل فيه ، أو وضع سراج ، أو رم شعث فيه ، وأشباه ذلك .

وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف ، وهو أنه متى بنى بناء يضر إما لكونه في طريق ضيق ، أو في واسع يضر بالمسيرة ، أو بنى لنفسه ، فقد تعدى ويضمن ماتلف

به وإن بنى في طريق واسع في موضع لا يضر البناء فيه لنفع المسلمين كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه في زاوية ونحوها فلا ضمان عليه ، وسواء في ذلك كله أذن فيه الإمام أو لم يأذن ، ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر ، لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها ، وإزالة الطين والماء منها ، بخلاف البناء ، فحفرها تجري تنقيتها ، وحفر هدفه منها ، وقلع حجر يضر بالمارة ، ووضع الحصاة في حفرة منها ليملاؤها وبسملها بإزالة الطين ونحوه منها ، وتسقيف ساقية فيها ، ووضع حجر في طين فيها ، ليطأ الناس عليه ، أو يمشوا عليه ، فهذا كله مباح لا يضمن مائل به .
لأعلم فيه خلافاً ، وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ، ويحتمل أن يعتبر استئذان الإمام ، لأن مصلحته لا يعم وجودها ، بخلاف غيره ، وإن سقف مسجداً أو فرش بارية فيه ، أو نصب عليه باباً أو جعل فيه رفاً لينفع أهله ، أو علق فيه قنديلاً ، أو بنى فيه حائطاً ، فتلف به شيء فلا ضمان عليه ، وقال أصحاب الشافعي : إن فعل شيئاً من ذلك بغير إذن الإمام ضمن في أحد الوجهين ، وقال أبو حنيفة : يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران .

ولنا : أنه فعل أحسن به ، ولم يتعمد فيه ، فلم يضمن مائل به كما لو أذن فيه الإمام والجيران ، ولأن هذا مأذون فيه من جهة المرف ، لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقاً .

فصل

٦٨٨٧

وإن حفر العبد بئراً في ملك إنسان بغير إذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعاقه سيده ، ثم تلف بها شيء ضمنه العبد . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : الضمان على سيده ، لأن الجناية هي الحفر في حال رقه ، وكان ضمان جنابته حينئذ على سيده ، فلا يزول ذلك بعاقبه ، كما لو جرح في حال رقه ثم هرب جرحه بعد عاقبه .

ولنا : أن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعاقته ، فكان الضمان عليه كما لو اشتري سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عاقبه . وفارق ما قاسوا عليه ، لأن الإتيان الموجب للضمان وجد حال رقه ، وهمنا حصل بعد عاقبه ، وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان .

فصل

٦٨٨٨

وإذا حفر إنسان بئراً في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن مائل به جميعه . وهذا قياس

مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يضمن ما قابل نصيب شريكه ، فلو كان له شريكان ضمن ثلثي المال ، لأنه تعدى في نصيب شريكه ، وقال أبو يوسف : عليه نصف الضمان ، لأنه تلف بمجهتين ، فساكن الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحاً ، وجرحه آخر جرحين .

وإذا : أنه متمد بالحفر فضمن الواقع فيها ، كما لو كان في ملك غيره ، والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر ، فساكن موجباً لجميع الضمان ، ويبطل ما ذكره أبو يوسف بما لو حفره في طريق مشترك ، فلن له فيها حقاً ، ومع ذلك يضمن الجميع ، والحكم فيها إذا أذن له بعض الشركاء في الحفر دون بعض كالحكم فيما إذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره ، لسكونه لا يباح الحفر ولا التعريف حتى يأذن الجميع .

فصل

٦٨٨٩

وإذا حفر بئراً في ملك إنسان أو وضع فيه ما يمتلئ به الضمان فأبرأ المالك من ضمان ما يتلف به فقيه وجهان :

أحدهما : ببراء ، لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ما تلف به ، فلذا أبرأ من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمان ، كما لو اقترن الإذن بالحفر .

والآخر : لا يفتني عنه الضمان ، لأنه سبب موجب للضمان ، فلا يزول حكمه بالإبراء كسائر الأسباب . ولأن حصول الضمان به لسكونه تعدى بحفره ، والإبراء لا يزيل ذلك ، لأن ماضى لا يمكن تغييره . من الصفة التي وقع عليها ، ولأن وجوب الضمان ليس يحق المالك الإبراء منه ، كما لو أبرأ غير المالك ، ولأنه إبراء مما لم يجب فلم يصح كالإبراء من الشفعة قبل البيع .

فصل

٦٨٩٠

وإن استأجر أجيراً فحفر في ملك غيره بغير إذنه وعلم الأجير ذلك فالضمان عليه وحده ، لأنه متمد بالحفر ، وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غيرها ، فتملق الضمان به ، كما لو أسره غيره بالقتل فقتل ، وإن لم يعلم فالضمان على المستأجر ، لأنه غره ، فتملق الضمان به كالإثم وكذلك الحكم في البناء ونحوه ، ولو استأجر أجيراً ليحفر له في ملكه بئراً أو لينبئ له فيها بقاء فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر وبهذا قال عطاء ، والزهري ، وقتادة ، وأصحاب الرأي . وبشبه مذهب الشافعي أقول النبي صلى الله عليه وسلم « البئر جبار »^(١) ولأنه لم يتلفه وإنما فعل الأجير باختيار نفسه فضلاً أفضى إلى تلفه ، فأشبهه ما لو فصله

(١) أخرجه الشيخان عن أبي هريرة . (ف)

تبرعاً من عند نفسه ، إلا أن يكون الأجير عبداً استأجره بغير إذن سيده ، أو صبيّاً بغير إذن ولده فيضمنه ، لأنه متعمد باستعماله متسبب إلى إتلاف حق غيره .

فصل

٦٨٩١

فإن حفر إنسان في ملكه بئراً فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر ، لأنه لإعدوان منه ، وإن دخل بإذنه والبرئينة مكشوفة والداخل بصير ببصرها فلا ضمان أيضاً ، لأن الواقع هو الذي أهلك نفسه ، فأشبهه مالو قدم إليه سيف فقتل به نفسه . وإن كان الداخل أعمى أو كانت في ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسها^(١) فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه . وبهذا قال شريح ، والشعبي ، والنخعي ، وحداد ، ومالك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقال في الآخر : لا يضمنه ، لأنه هلك بفعل نفسه .

ولنا : أنه تلف بسببه فيضمنه ، كما لو قدم له طعاماً مسموماً فأكله ، وبهذا ينقض ما ذكره . وإن اختلفا فقال صاحب الدار : ما أذنت لك في الدخول ، وادعى ولي المالك أنه أذن له ، فاقول قول المالك ، لأنه منكسر ، وإن قال : كانت مكشوفة ، وقال الآخر : كانت مغطاة ، فاقول قول ولي الواقع ، لأن الظاهر معه ، فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ، ويحتمل أن القول قول المالك ، لأن الأصل براءة ذمته ، فلا تشغل^(٢) بالشك ، ولأن الأصل عدم تغطيتها .

فصل

٦٨٩٢

وإذا بنى في ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء وسقط على شيء فأتلفه ضمه ، لأنه متعمد بذلك ، فإنه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره ، أو هواء مشترك ، ولأنه يمرضه للوقوع على غيره في غير ملكه ، فأشبهه مالو نصب فيه منجلاً يصيد به ، وهذا مذهب الشافعي ، ولا أعلم فيه خلافاً ، وإن بناء في ملكه مستويّاً أو مائلاً إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به ، لأنه لم يعمد بينائه ولا حصل منه تفريط بإيقائه ، وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوز فلا ضمان عليه ، لأنه بمنزلة بناءه مائلاً في ملكه . وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا ، فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه ، لأنه لم يعمد بينائه ، ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه ، فأشبهه مالو سقط من غير ميل . فإن أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يخل من حالين :

(١) في . أو غطاها . . (٢) في ١٨ : فلا تشغلا .

أحدهما : أن يطالب بنقضه . والثاني : أن لا يطالب به ، فإن لم يطالب به لم يضمن في المنصوص عن أحد ، وهو ظاهر كلام الشافعي ، ونحوه قال الحسن ، والنخعي ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، لأنه بناء في ملكه ، والميل حادث بغير فعله ، فأشبهه مالو وقع قبل ميله .

وذكر بعض أصحابنا فيه وجهاً آخر : أن عليه الضمان ، وهو قول ابن أبي ايلي ، وأبي ثور ، وإسحاق لأنه متمد بتركه مائلاً ، فضمن ما تلف به كالميل بناء مائلاً إلى ذلك ابتداء ، ولأنه لو طوبى بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف ، ولو لم يكن ذلك موجباً للضمان لم يضمن بالمطالبة ، كما لو لم يكن مائلاً ، أو كان مائلاً إلى ملكه . وأما إن طوبى بنقضه فلم يفعل فقد توفى أحد عن الجواب فيها . وقال أصحابنا : يضمن ، وقد أومأ إليه أحمد ، وهو مذهب مالك ، ونحوه قال الحسن ، والنخعي ، والثوري . وقال أبو حنيفة : الاستحسان أن يضمن ، لأن حق الجواز للمسلمين ، وميل الحائط بينهم ذلك ، فلمهم المطالبة بإزالته ، بإزالته ، فإذا لم يزل ضمن كالميل وضع^(١) عدلاً على حائط نفسه فوقه في ملك غيره ، فطوبى برفعه فلم يفعل ، حتى عثر به إنسان .

وفيه وجه آخر : لا ضمان عليه . قال أبو حنيفة : وهو القياس ، لأنه بناء في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبهه مالو لم يطالبه بنقضه ، أو سقط قبل ميله ، أو لم يمكنه نقضه ، أو سقط قبل ميله ، أو لم يمكنه نقضه ، ولأنه لو وجب الضمان لم تشتط المطالبة كالميل بناء مائلاً إلى غير ملكه ، فإن قلنا : عليه الضمان إذا طوبى فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان إذا كان ميله إلى الطريق ، لأن لكل واحد منهم حق المرور ، فكانت له المطالبة ، كما لو مال الحائط إلى ملك جماعة كان لكل واحد منهم المطالبة . وإذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله له الإمام لم يسقط عنه الضمان ، لأن الحق لجميع المسلمين ، فلا يملك واحد منهم إسقاطه ، وإن كانت المطالبة لمستأجر الدار أو مستعيرها أو مستودعها فلا ضمان عليهم ، لأنهم لا يملكون النقص ، وليس الحائط ملكاً لهم ، وإن طوبى المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه ، لعدم تفریطه ، وإن أمكنه استرجاعها كالمعسر والمودع والراهن إذا أمكنه فسكاك الرهن فلم يفعل ضمن ، لأنه أمكنه النقص ، وإن كان المالك محجوراً عليه لسفه أو صغر أو جنون فطوبى هو لم يلزمه الضمان ، لأنه ليس أهلاً للمطالبة ، وإن طوبى وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك ، لأن سبب الضمان ماله ، فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل ، وإن كان المالك مشتركاً بين جماعة فطوبى أحدهم بنقضه احتمل وجهين . أحدهما : لا يلزمه شيء لأنه لا يمكنه نقضه بدون إذنه فهو كالمعجز عن نقضه .

(١) العدل بكسر العين وسكون الدال : الجواق (الغرارة) . (ف)

والثاني^(١) : يلزمه بمحضته ، لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شر كانه وإلزامهم النقض ، فصار بذلك مفترقا ، وأما إن كان ميل الحائط إلى ملك آدمي معين إما واحد وإما جماعة فالحكم على ما ذكرنا ، إلا أن المطالبة للمالك أو ساكن الملك الذي مال إليه دون غيره ، وإن كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته ، كما لو طالب واحد بنقض المائل إلى الطريق ، إلا أنه متى طالب ثم أجله صاحب الملك أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال إليها جاز ، لأن الحق له وهو يملك إسقاطه ، وإن مال إلى درب غير نافذ فالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم ، لأن الملك لهم ، ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ، ولا يبرأ بإبرائه وتأجيله . إلا أن يرضى بذلك جميعهم ، لأن الحق للجميع .

فصل

٦٨٩٣

وإذا تقدم إلى صاحب الحائط بنقضه فباعه مائلا فلا ضمان على بائعه ، لأنه ليس بملك له ، ولا على المشتري لأنه لم يطلب بنقضه ، وكذلك إن وهبه وأقبضه . وإن قلنا يلزم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد ، وإذا وجب الضمان وكان التالف به آدميا فالدية على عاقلة . فإن أنكرت عاقلة كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم للعقل إلا أن يثبت ذلك ببينة ، لأن الأصل عدم الوجوب عليهم ، فلا يجب بالشك . وإن اعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم ، لأن العاقلة لا تحمل اعترافا ، وكذلك إن أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ما ذكرنا ، وإن كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب ، لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر . والظاهر لا تنهت به الحقوق ، وإنما ترجح به الدعوى .

فصل

٦٨٩٤

وإن لم يمل الحائط لكن تشقق فإن لم ينحس سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه ، وكان حكمه في هذا حكم الصحيح ، لأنه لم ينحس سقوطه فأشبهه الصحيح . وإن خيف وقوعه مثل أن تكون شقوقه بالعرض لحكمه حكم المائل ، لأنه يخاف منه التالف فأشبهه المائل .

فصل

٦٨٩٥

وإذا أخرج إلى الطريق النافذ جناحا أو ساباطا فسقط أو شيء منه على شيء فأناله فعلى الخرج ضمانه . وقال أصحاب الشافعي : إن وقعت خشبة ليست مركبة على حائطة وجب ضمان ما أتلف

(١) هذا هو الحال الثاني من حال من أمكنه نقض البناء فلم ينقضه .

وإن كانت سركية على حائطه وجب نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره ، فانتسم الضمان عليهما .

ولنا : أنه تلف بما أخرجه إلى حق الطريق فضده ، كالأمر بنى حائطه مائلاً إلى الطريق فأتلف ، أو أقام خشبة في ملكه مائلة إلى الطريق ، أو كالأمر سقطت الخشبة التي ليست موضوعة على الحائط ، ولأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ، ولأنه تلف بعدوانه فضده كما لو وضع البناء على أرض الطريق ، والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ، ولو كان مباحاً لم يضمن به كـ أثر المباحات ، ولأن هذه خشبة لو انقص الخارج منها وسقط فأتلف ضمن ما أتلف فيوجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولأننا لم نعلم موضعاً يجب الضمان كله ببعض الخشبة ويجب نصبه بجميعها ، وإن كان إخراج الجفاح إلى درب غير نافذ بغير إذن أهله ضمن ما أتلفه ، وإن فعل ذلك بإذنهم فلا ضمان عليه لأنه مباح له غير متمد فيه .

فصل

٦٨٩٦

وإن أخرج ميزاباً إلى الطريق فسقط على إنسان أو شيء فأتلفه ضمه ، وهذا قال أبو حنيفة ، وحكى عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لأنه غير متمد بإخراجه ولم يضمن ما تلف به كالأمر أخرجه إلى ملكه وقال الشافعي : إن سقط كله فعليه نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه ، وملك غيره ، وإن انقص الميزاب فسقط منه ما خرج عن الحائط ضمن جميع ما تلف به لأنه كله في غير ملكه .

ولنا : ما سبق في الجفاح ولا نسلم أن إخراجه مباح ، فإنه أخرج إلى هواء ملك غيره شيئاً يضر به ، فأشبهه ما أخرج إلى ملك آدمي بغير إذنه ، فأما إن أخرج إلى ملك آدمي معين شيئاً من جفاح أو سابات أو ميزاب أو غيره ، فهو متمد ويضمن ما تلف به لأعلم فيه خلافاً .

فصل

٦٨٩٧

وإذا بادت دابته في طريق فزاق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان إذا كان راکباً لها أو قائداً أو سائقاً لها لأنه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها ، فأشبهه ما لو جنت بيدها أو فمها وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يده على ذلك ، ولا يمكن التحرز منه فلم يضمن ما تلف به كالأمر أتلفت برجلها ، وكالأمر لم يكن له يده عليها ، ويفارق هذا ما أتلفت بيدها ، وفهم لأنه يمكنه حفظها .

فصل

٦٨٩٨

وإذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجراً فرمته الريح على إنسان فقتله أو شيء أتلفه لم يضمن

لأن ذلك من غير فعله ووضعه له كان في ملكه ، ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة لأنه نسب إلى إلقائها وتمدى بوضعها ، فأشبهه من بنى حائطه مائلاً .

فصل

٦٨٩٩

وإن سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لأنه سلمه إليه واحتاط في حفظه فإذا غرق نسب إلى التفريط في حفظه . وقال القاضي قواس المذهب أن لا يضمنه لأنه فعل ما جرت العادة به لمصاحته ، فلم يضمن ما نلف به كما إذا ضرب العلم العبي ضرباً معتاداً فتلف به . فأما الكبير إذا غرق فليس على السابح شيء إذا لم يفرط لأن الكبير في يد نفسه لا ينسب التفريط في هلاكه إلى غيره .

فصل

٦٩٠٠

وإذا طلب إنساناً بسيف مشهور فمرب منه فتلف في حربه ضمنه سواء وقع من شاق أو انحسف به سقف أو خر في بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق في ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صبيّاً أو كبيراً أعمى أو بصيراً عاقلاً أو مجنوناً ، وقال الشافعي لا يضمن البالغ العاقل البصير إلا أن يخنس به سقف فإن فيه وفي الصغير والمجنون والأعمى قولان لأنه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كالمو لم يطلبه .

ولما : أنه هلك بسبب عدوانه فضمنه كالمو حفر له بئراً أو نصب سكيناً أو سم طعامه ووضعه في منزله ، وما ذكره يبطل بهذه الأصول ، ولأنه نسب إلى إهلاكه ، فأشبهه مالمو انخسف من تحته سقف أو كان صغيراً أو مجنوناً ، وإن طلبه بشيء يخيفه به كالليث ونحوه فحكمه حكم مالمو طلبه بسيف مشهور لأنه في معناه .

فصل

٦٩٠١

ولو شرب سقيفاً في وجه إنسان أو دلاه من شاق فأت من روعته أو ذهب عقله فعليه ديبته ، وإن صاح بصي أو مجنون صيحة شديدة نخر من سطح أو نحوه فأت أو ذهب عقله ، أو تنفل عاقلاً فصاح به فأصابه ذلك فعليه ديبته تحملاً للماقلة فإن فعل ذلك عمداً فهو شبه عمد ، وإلا فهو خطأ ووافق الشافعي في العبي ، وله في البالغ قولان . ولما أنه سبب إتلافه فضمنه كالعبي .

فصل

٦٩٠٢

وإن قدم إنساناً إلى هدف يرميه الناس ، فأصابه سهم من غير تعمد ففعله على عاقلة الذي قدمه ، لأن الراي كالحافر والذي قدمه كالمدافع فكان للضمان على عاقلته ، وإن عمد الراي رميه فالضمان عليه .

لأنه مباشر وذاك متسبب فأشبهه بالمسك والقاتل ، وإن لم يقدمه أحد فالضمان عن الراعى ، وتحمله عاقلته إن كان خطأ لأنه قتله .

٦٩٠٣

فصل

وإن شهد رجلان على رجل بجرع أو قتل أو سرقة توجب القطع أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك فاقنص منه ، أو قطع بالسرقة أو حد فأفضى إلى تلقه ثم رجعا عن الشهادة لزمهما ضمان ما تلف بشهادتهما كالشريكين في الفعل ، ويكون الضمان في مالهما لانهما عاقلتهما ، لأنها لا تحمل اعترافاً ، وهذا يثبت باعترافيهما .

وقد روى عن على رضي الله عنه أن شاهدين^(١) شهدا عنده على رجل بالسرقة فقطعه ثم أتيا بآخر ، فقالا : يا أمير المؤمنين ليس ذاك السارق إنما هذا هو السارق ، فأغرهما دية الأول ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتهما ، ولم يقبل قولهما في الثاني . وإن أكره رجل رجلاً على قتل إنسان فقتله ، فصار الأمر إلى الدية فهي عليهما لأنها كالشريكين ، ولهذا وجب الفصاص عليهما ، ولو أكره رجل امرأة فزنى بها فحملت فماتت من الولادة ضمنها ، لأنها ماتت بسبب فعله ، وتحملها العاقلة ، إلا أن لا يثبت ذلك إلا^(٢) باعترافيه فتكون الدية عليه لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً .

٦٩٠٤

فصل

إذا بعث السلطان إلى امرأة ليحضرها فأسقطت جنيناً ميتاً ضمنه ، لما روى أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها ، فقالت : يا ويلها ، مالها وانعم ، فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضر بها الطلق ، فألقت ولداً ، فصاح الصبي صيحتهين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، إن ديتهم بمالك ، لأنك أفرعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك ولو فزعت المرأة فماتت لوجبت ديتها أيضاً ، ووافق الشافعي في ضمان الجنين ، وقال : لا تضمن المرأة ، لأن ذلك ليس بسبب إلى هلاكها في العادة .

ولما ، أنها نفس هلكت بإرساله إليها فضمنها كجنينها ، أو نفس هلكت بسببه فضمنها كملكو ضربها فماتت ، وقوله : إنه ليس بسبب عادة ، قلنا : ليس كذلك ، فإنه سبب للإسقاط ، والإسقاط سبب

(١) أخرجه البخاري تعليقاً ج ٩ ص ١ ، في كتاب الديات باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب .

(٢) (لا يثبت ذلك إلا باعترافيه) مفادها حصر طريق الثبوت في الاعتراف ومؤدى العبارة (إلا

إذا ثبت ذلك باعترافيه) لأن الاستثناء من النفي إثبات (ف)

للملاك عادة ، ثم لا يتمين في الضمان كونه سبباً معتاداً ، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سبباً للملاك في العادة ، ومتى أفضت إليه وجب الضمان ، وإن استعدى إنسان على امرأة ، فألقت جنينها أو ماتت فزعماً فعلى عاقلة المستعدى الضمان إن كان ظالماً لها ، وإن كانت هي الظالمة فأحضرها عند الحاكم فينبغي أن لا يضمنها لأنها سبب إحضارها بظلمها ، فلا يضمنها غيرها ، ولأنه استوفى حقه ، فلم يضمن ماتلف به كالتقصاص ويضمن جنينها لأنه تلف بفعله فأشبهه مالهو اقتص منها .

فصل

٦٩٠٥

ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه في بركة أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ماتلف به ، لأنه سبب هلاكه ، وإن اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فبذعه إياه مع غفاه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بذلك ، ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده ، وله أخذه قهراً ، فإذا منعه إياه تسبب إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه ، فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه . فهلك بذلك .

وظاهر كلام أحمد أن الدية في ماله ، لأنه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالباً ، وقال القاضى : تكون على عاقلته ، لأن هذا لا يوجب التقصاص ، فيكون شبه العمد ، وإن لم يطلبه منه لم يضمنه ، لأنه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه ، وكذلك كل من رأى إنساناً في مهلكة فلم يدفعه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه ، وقد أساء ، وقال أبو الخطاب : قياس المسألة الأولى وجوب ضمانه ، لأنه لم يدفعه من الهلاك مع إمكانه ، فضمنه كما لو منعه الطعام والشراب . ولنا : أنه لم يهلكه ولم يكن سبباً في هلاكه . فلم يضمنه ، كما لو لم يدم به لم يملكه ، وقياس هذا على هذه المسألة غير صحيح ، لأنه في المسألة منعه منعا كان سبباً في هلاكه فضمنه بفعله الذي تعدى به ، وهمنا لم يفعل شيئاً يكون سبباً .

فصل

٦٩٠٦

ومن ضرب إنساناً حتى أحدث فإن عثمان رضى الله عنه قضى فيه بثالث الدية ، وقال أحمد : لا أعرف شيئاً يدفعه ، وبه قال إسحاق . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : لا شيء فيه ، لأن الدية إنما تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال ، وليس ههنا شيء من ذلك ، وهذا هو القياس وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان ، لأنها في مظنة الشهرة ، ولم ينقل خلافها ، فيكون إجماعاً ولأن قضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف ، وسواء كان الحدث ريحاً أو غائطاً أو بولا ، وكذلك الحكم فيما إذا أفرغه حتى أحدث .

٦٩٠٧

فصل

إذا ادعى للقاتل أن المقتول كان عبداً أو ضرب مملوكاً فقدّه أو ألقى عليه حائطاً أو ادعى أنه كان ميماً وأنكر عليه ذلك ، فالقول قول الولي مع يمينه ، وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : القول قول الجاني ، لأن الأصل براءة ذمته ، وما ادعاه محتمل فلا نزول عن اليقين بالشك .

ولنا : أن الأصل حياة الجاني عليه وحريته ، فيجب الحكم ببقائه ، كما لو قتل من كان مسلماً وادعى أنه ارتد قبل قتله ، وبهذا يبطل ما ذكره ، وهكذا لو قتل في دار الإسلام إنساناً وادعى أنه كان كافراً وأنكر عليه فالقول قول الولي ، لأن الدار دار الإسلام ، ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها ، وإن قطع عضواً وادعى شلله ، أو قلع عينا وادعى عماها ، وأنكر الولي فالقول قول الجاني عليه لأن الأصل السلامة وكذلك لو قطع ساعداً وادعى أنه لم يكن عليه كف أو قطع ساقاً وادعى أنه لم يكن لها قدم ، وقال القاضي : إن اتفقا على أنه كان بصيراً فالقول قول الجاني عليه ، وإلا فالقول قول الجاني وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك على قياسه إذا اختلفا في شلل العضو لأن هذا مما لا يتعذر إقامة البينة عليه ، فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعامليه ، وصفة تحمل الشهادة عليه أنه كان يتبع الشخص بصره ويتوقى ما يتوقاه البصير ، ويتجنب البئر وأشباهه في طريقه ويمدل في العطفات خاف من يطلبه .

ولنا : أن الأصل السلامة ، فكان القول قول من يدعيه كما لو اختلفا في إسلام المقتول وحياته وقولهم لا تتمتع إقامة البينة عليه قلنا وكذلك لا تتمتع إقامة البينة على ما يدعيه الجاني فأيجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل ، ثم يبطل بسائر المواضع التي سلموها ، فإن قالوا همنا ما ثبت أن الأصل وجود البصر قلنا الظاهر يقوم مقام الأصل ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته وإسلامه .

٦٩٠٨

فصل

وإن زاد في القصاص من الجراح ، وقال : إنما حصلت الزيادة باضطرابه ، وأنكر الجاني عليه ، ففيه وجهان . أحدهما : القول قول المقتص منه ، لأن الأصل عدم الاضطراب ، وجوب الضمان . والثاني : القول قول المقتص ، لأن الأصل براءة ذمته ، وما يدعيه محتمل ، والأول أصح فإن الجرح سبب وجوب الضمان ، وما يدعيه من الاضطراب المساع من ثبوت حكمه الأصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه ، كما لو جرح رجلاً وادعى أنه جرحه دفعاً عن نفسه ، أو قتله وادعى أنه وجدته مع أهله ، أو قتل بهيمة وادعى أنها صالته^(٢) عليه .

(١) في طبعة رشيد ج ٩ ص ٥٨٢ والفقهي ج ٧ ص ٨٣٦ (ومعاملته) والصواب (ومعامليه)
كما في الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٠٣ ، (ف)
(٢) أي حاجته لتلاحق به أذى .

باب ديات الجراح

الجراح تنفوع نوعين . أحدهما : الشجاج وهي ما كان في رأس أو وجه . النوع الثاني : ما كان في سائر البدن ، وينقسم قسمين . أحدهما : قطع عضو . والثاني : قطع لحم . والمضمون في الآدمي ضربان . أحدهما : ما ذكرنا . والثاني : تفويت منفعة ، كتفويت السمع والبصر والعقل .

مسألة

٦٩٠٩

قال رحمه الله : ﴿ ومن أتلف ما في الإنسان منه شيء واحد ففيه الدية ، وما فيه شيئان ففي كل واحد منهما نصف الدية ﴾ .

وجملة ذلك أن كل عضو لم يخلق الله تعالى في الإنسان منه إلا واحداً كاللسان والأنف والذكر والصلب ففيه دية كاملة لأن إتلافه إذهاب منفعة الجنس وإذهابها كإتلاف النفس ، وما فيه منه شيئان كاليدنين والرجلين والعينين والأذنين والمنخرين والشفنتين والخصيتين والتسديين والأليتين ففيهما الدية كاملة ، لأن في إتلافهما إذهاب منفعة الجنس ، وفي إحداها نصف [الدية] لأن في إتلافه إذهاب نصف منفعة الجنس ، وهذه الجملة مذهب الشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، وقد روى عن الزهري عن أبي بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم ، عن أبيه ، عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب له في كتابه : « وفي الأنف إذا أوعب جدعه ، الدية وفي اللسان الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي الصلب الدية ، وفي العينين الدية ، وفي الرجل الواحد نصف الدية » . رواه النسائي وغيره . ورواه ابن عبد البر ، وقال : كتاب عمرو بن حزم معروف عند الفقهاء ، وما فيه متفق عليه عند العلماء ، إلا قليلاً .

فصل

٦٩١٠

وما في الإنسان منه أربعة أشياء ففيها الدية ، وفي كل واحد منها ربع الدية ، وهو أجفان العينين ، وأهدابها . وما فيه منه عشرة ففيها الدية ، وفي كل واحد منها عشرها ، وهي أصابع اليدين وأصابع الرجلين . وما فيه منه ثلاثة أشياء ففيها الدية ، وفي الواحد ثلثها ، وهو المنخران والحاجز بينهما . وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة ، لأن المنخرين شيئان من جنس ، فسكان فيهما الدية كالشفنتين ، وليس في البدن شيء من جنس يزيد على الدية إلا الأسنان ، فإن في كل سن خمساً من الإبل ، فتزيد

على الدية ، وقد روى أنه ليس فيها إلا الدية قياساً على سائر ما في البدن . والصحيح الأول ، لأن الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ورد بإيجاب خمس في كل سن ، فيجب العمل به وإن خالف القياس .

مسألة

٦٩١١

قال : « وفي العينين الدية » .

أجمع أهل العلم على أن في العينين إذا أصيبتا خطأ الدية ، وفي العين الواحدة نصفها ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « وفي العينين الدية » ، ولأنه ليس في الجسد منهما إلا شئتان ، ففيهما الدية ، وفي إحداها نصفها كسائر الأعضاء التي كذلك ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وفي العين الواحدة خمسون من الإبل » رواه مالك في موطنه ، ولأن العينين من أعظم الجوارح نفعا وجمالا ، فكانت فيهما الدية وفي إحداها نصفها كاليدين .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين أن يسكونا صغيرتين أو كبيرتين ، ومليحتين أو قبيحتين ، أو صحيحتين أو مريضتين ، أو حولوين أو رمصتين . فإن كان فيهما بياض لا ينقص البصر لم تنقص الدية ، وإن نقص البصر نقص من الدية بقدره ، وفي ذهاب البصر الدية ، لأن كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما كاليدين إذا أشلها ، وفي ذهاب بصر أحدها نصف الدية ، كما لو أشل يداً واحدة وليس في إذهاب نفعهما أكثر من دية كاليدين .

فصل

٦٩١٢

وإن جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه دية ، لأنه ذهب بسبب جنائه ، وإن لم يذهب بها فداؤها فذهب بالمداواة فعليه دية ، لأنه ذهب بسبب فعله ، وإن اختلفوا في ذهاب البصر رجع إلى اثنين عدلين مسلمين من أهل الخبرة ، لأن لها طريقاً إلى معرفة ذلك لشاهدتهما العين التي هي محل البصر ومعرفتهما بحالها بخلاف السمع . وإن لم يوجد أهل الخبرة أو تذكر معرفة ذلك اعتبر بأب يوقف في عين الشمس ، ويقرب الشيء من عينه في أوقات غفلته ، فإن طرف عينه وخاف من الذي يخوف به فهو كاذب ، وإلا حكم له ، وإذا علم ذهاب بصره وقال أهل الخبرة : لا يرجى عوده وجبت الدية ، وإن قالوا : يرجى عوده إلى مدة عيّنوها انتظر إليها ، ولم يعط الدية حتى تنقضي المدة ، فإن عاد البصر سقطت عن الجاني ، وإن لم يمد استقرت الدية ، وإن مات الجاني عليه قبل المود استقرت الدية ، سواء مات في المدة أو بعدها ، فإن ادعى الجاني عود بصره قبل موته وأنكر وارثه فالقول قول الوارث ، لأن الأصل معه ، وإن جاء أجنبي فقلع عينه في [تلك] المدة استقرت على الأول الدية أو القصاص ، لأنه أذهب البصر فلم يمد ، وعلى الثاني حكومة ، لأنه أذهب عيناً لا ضوء لها يرجى عودها ، وإن قال الأول : عاد

ضوءها ، وأنكر الثاني ، فالقول قول المنكر ، لأن الأصل معه فإن صدق الجنى عليه الأول سقط حقه عنه ، ولم يقبل قوله على الثاني . وإن قال أهل الخبرة : يرجى عودة لكن لا نعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص ، لأن انتظار ذلك إلى غير غاية يفضى إلى إسقاط موجب الجناية ، والظاهر في البصر عدم العود ، والأصل يؤيده ، فإن عاد قبل استيفاء الواجب سقط ، وإن عاد بعد الاستيفاء وجب رد ما أخذ منه ، لأننا تبيننا أنه لم يسكن واجبا .

فصل

٦٩١٣

وإن جنى عليه فنقص ضوء عينيه في ذلك حكومة ، وإن ادعى نقص ضوءهما فالقول قوله مع يمينه ، لأنه لا يعرف ذلك إلا من جهة ، وإن ذكر أن إحداها نقصت عُصِبَت المريضة وأطلقت للصحيحة ، ونصب له شخص ، فباعد عنه ، فكلمنا قال رأيت فوصف لونه علم صدقه ، حتى تنتهي فإذا انتهت علم موضعها ، ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له شخص ثم يذهب حتى تنتهي رؤيته ، ثم يدار للشخص إلى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك ، ثم يعلمه عند المسافتين ويقران ويقابل بينهما ، فإذا كانتا سواء فقد صدق ، وينظركم بين مسافة رؤية العميلة والصحيحة ، وبحكم له من الدية بقدر ما بينهما ، وإن اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم أنه قصر مسافة رؤية المريضة أي أكثر الواجب له ، فيرد حق تستوى المسافة بين الجانبين ، والأصل في هذا ما روى عن علي رضي الله عنه . قال ابن المنذر : أحسن ما قيل في ذلك ما قاله ^(١) على رضي الله عنه ، أمر بعينه فمصبت ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهت بصره ، ثم أمر فخط عند ذلك ، ثم أمر بعينه الأخرى فمصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو يبصر حتى انتهت بصره ، ثم خط عند ذلك ، ثم حول إلى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجده سواء ، فأعطاه بقدر ما نقص من بصره من مال الآخر .

وقال القاضي : وإذا زعم أهل الطب أن بصره يقل إذا بعدت المسافة ويكثر إذا قربت ^(٢) وأمكن هذا في المذارعة ^(٣) عمل عليه ، وبيانه أنهم إذا قالوا : إن الرجل إذا كان يبصر إلى مائة ذراع ، ثم أراد أن يبصر إلى مائتي ذراع احتاج للمائة الثانية إلى ضعف ما يحتاج إليه للمائة الأولى من البصر فعلى هذا إذا أبصر بالصحيحة إلى مائتين وأبصر بالعميلة إلى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه ، فيجب له ثلثا ديتها ، وهذا لا يسكاد ينضبط في الغالب ، وكل مالا ينضبط ففیه حكومة . وإن جنى على عينيه فنذرنا ^(٤)

(١) في ١٨ : ما فعله . (٢) أي عنده طول نظر بالمصطلح الحديث .

(٣) أي بالقياس بالذراع .

(٤) فنذرنا : يقال : نذر الشيء سقط من جوف شيء فظهر . (ف)

أو إذا^(١) حولنا أو أعمشنا في ذلك حكومة كما لو ضرب يده فاعوجت . والجنابة على الصبي والمعتوه كالجنابة على البالغ والعاقل ، وإنما يترقان في أن البالغ خصم لنفسه ، والخصم للصبي والجنون وإيهما ، فإذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا ، ولم يحلف الولي عنهما ، فإن بلغ الصبي وأفاق الجنون حلفاً حينئذ . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا .

فصل

٦٩١٤

وفي عين الأعور دية كاملة . وبذلك قال الزهري ، ومالك ، والليث ، وقتادة ، وإسحق . وقال مسروق ، وعبد الله بن مفضل ، والنخعي ، والثوري ، وأبو حنيفة والشافعي : فيها نصف الدية لقوله عليه السلام « وفي العين خمسون من الإبل »^(٢) . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « وفي العينين الدية » يقتضى ألا يجب فيهما أكثر من ذلك ، سواء قلعهما واحد أو اثنان في وقت واحد أو في وقتين ، وقالع الثانية قالع عين أعور ، فلو وجبت عليه دية لوجب فيهما دية ونصف ، ولأن ماضن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع ذهابه كالأذن ، ويحتمل هذا كلام الخرق لقوله وفي العين الواحدة نصف الدية ولم يفرق .

ولنا : أن عمر وعثمان وعلياً وابن عمر قضوا في عين الأعور بالدية ، ولم نعلم لهم في الصعابة مخالفاً فيكون إجماعاً ، ولأن قلع عين الأعور يتضمن إذهاب البصر كله ، فوجب الدية كما لو أذهبه من العينين ، ودليل ذلك أنه يحصل بها ما يحصل بالعينين ، فإنه يرى الأشياء البعيدة ، ويدرك الأشياء البعيدة ، ويدرك الأشياء الطائفة ، ويعمل أعمال البصراء . ويجوز أن يكون قاضياً وشاهداً ويجزى في الكفارة وفي الأنحية إذا لم تسكن الموراء مخسوفة ، فوجب في بصره دية كاملة ، كذا في العينين . فإن قيل : فلو صح هذا لم يجب في ذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية ، لأنه لم ينقص . قلنا : لا يلزم من وجوب شيء من دية العينين نفس دية الثاني ، بدليل ما لو جنى عليهما فأحولنا أو عمشنا أو نقص ضوءهما فإنه يجب أرش النقص ولا تنقض ديتهما بذلك ، ولأن النقص الحاصل لم يؤثر في تنقيص أحكامه ولا هو مضبوط في تقويت النفع فلم يؤثر في تنقيص الدية كالذي ذكرنا .

فصل

٦٩١٥

وإن قلع الأعور عين صحيح نظرنا فإن قلع العين التي لاتماثل عينه الصحيحة أو قلع المائنة للصحيحة خطأ . فليس عليه إلا نصف الدية : لأعلم فيه مخالفاً ، لأنه الأصل ، وإن قلع المائنة لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص عليه ، وعليه دية كاملة ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ، ومالك ، في إحدى روايتيه .

(١) (إذا) مخوفة من الشرح الكبير كما في ٩ ص ٦٠٧ والكلام يستغنى عنها . (ف)

(٢) أخرجه البزار عن عمر بن الخطاب والحديث الذي يليه أخرجه المؤلف من قبل . (ف)

وقال في الأخرى : عليه نصف الدية ، ولا قصاص . وقال الخالفون في المسألة الأولى : له القصاص . .
نقوله تعالى : (واليمين باليمين) وإن اختار الدية فله نصفها للخبر ولأنه لو قلعها غيره لم يجب فيها إلا نصف
الدية فلم يجب عليه إلا نصفها كاليمين الأخرى .

ولنا : أن عمر وعثمان قضيا بمثل مذهبنا^(١) ، ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة فكان إجماعاً .

فصل

٦٩١٦

وإن قلع الأعور عيني صحيح اليمين فليس عليه إلا دية ، عمداً كان أو خطأ . وذكر القاضى : أن
قياس المذهب وجوب ديتين . إحداهما في اليمين التي استحق بها قلع عين الأعور . والأخرى في الأخرى
لأنها عين أعور .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « في اليمينين الدية » ولأنه قلع عيني فلم يلزمه أكثر من
الدية كما لو كان القاطع صحيحاً ، ولأنه لم يزد على تفويت منفعة الجنس ، فلم يزد على الدية ، كما لو قطع
أذنه . وما ذكره القاضى لا يصح ، لأن وجوب الدية في إحدى عيني لا يجعل الأخرى عين أعور ، على
أن وجوب الدية بقلع إحدى العيمين قضية مخالفة للخبر والقياس ، صرنا إليها لإجماع الصحابة عليها ،
ففيما عدا موضع الإجماع يجب العمل بهما ، والبقاء عليهما ، فإن كان قلعهما عمداً فاختار القصاص فليس
له إلا قلع عينه ، لأنه أذهب بصره كله ، فلم يكن له أكثر من إذهاب بصره ، وهذا مبنى على ما تقدم
من قضاء الصحابة ، ولأن عين الأعور تقوم مقام اليمينين ، وأكثر أهل العلم على أن له القصاص من
اليمين ، ونصف الدية لليمين الأخرى ، وهو مقتضى الدليل والله أعلم .

فصل

٦٩١٧

وإن قطع يد أقطع اليد أو رجل أقطع الرجل ، فله نصف الدية أو القصاص من مثلها ، لأنه عضو
أمكن القصاص من مثله ، فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لو قطع أذن من له أذن واحدة .
وعن أحمد رواية أخرى : أن الأولى إن كانت قطعت ظمأ وأخذ ديتها أو قطعت قصاصاً ففيها نصف
ديتها ، وإن قطعت في سبيل الله ففي الباقية دية كاملة ، لأنه عطل منافعه من العضوين جملة فأشبهه قلع عين
الأعور ، والصحيح الأول ، لأن هذا أحسن العضوين اللذين تحصل بها منفعة الجنس لا يقوم مقام
العضوين ، فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء ، وكما لو كانت الأولى أخذت قصاصاً ، أو في غير
سبيل الله . ولا يصح القياس على عين الأعور لوجوه ثلاثة :

أحدها: أن عين الأعور حصل بها ما يحصل بالعينين ، ولم يختلفا في الحقيقة والأحكام إلا تفاوتاً يسيراً ، بخلاف أقطع اليد والرجل .

والثاني : أن عين الأعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الأولى ، وههنا اختلفا .

الثالث : أن هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا بصار إليه بمجرد الرأي ، ولا توقيف فيه فيصار إليه ، ولا نظير له فيقاس عليه ، والمصير إليه تحكم بغير دليل ، فيجب اطراحه .

وإن قطعت أذن من قطعت أذنه أو منخر من قطعت منخره لم يجب فيه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لأن منفعة كل أذن لا تتعلق بالأخرى بخلاف للعينين .

مسألة

٦٩١٨

قال ﴿ وفي الأشفار الأربعة الدية وفي كل واحد منهما ربع الدية ﴾ .

بعض أجفان العينين ، وهي أربعة ، ففي جميعها الدية لأن فيها منفعة الجنس ، وفي كل واحد منهما ربع الدية ، لأن كل ذى عدد تجب في جميعه الدية تجب في الواحد منها بحصته من الدية كاليدين والأصابع وبهذا قال الحسن ، والشعبي ، وقتادة ، وأبو هاشم ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وعن مالك في جفن العين وحجاجها الاجتهاد ، لأنه لم يعلم تقديره عن النبي صلى الله عليه وسلم والتقدير لا يثبت قياساً .

ولنا : أنها أعضاء فيها جمال ظاهر ، ونفع كامل ، فإنها تسكن العين وتحفظها ، وتقيها الحر والبرد ، وتسكون كالغلق عليها بطبقه إذا شاء ويفتحة إذا شاء ، ولولاها لقبح منظره ، فوجبت فيها كاليدين ، ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياساً ، فإذا ثبت هذا فإن في أحدها ربع الدية . وحكى عن الشعبي أنه يجب في الأعلى ثلثا دية العين ، وفي الأسفل ثلثها ، لأنه أكثر نفعا .

ولنا : أن كل ذى عدد تجب الدية في جميعه تجب بالخصه في الواحد منه كاليدين والأصابع ، وما ذكره يبطل باليمنى مع اليسرى والأصابع ، وإن قلع للعينين بأشفارهما وجبت ديتان ، لأنهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفرداً ، فوجبت بإتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين ، وتجب الدية في أشفار عين الأعمى . لأن ذهاب بصره عيب في غير الأجفان ، فلم يمنع وجوب الدية فيها كذهاب الشم لا يمنع وجوب الدية في الأنف .

فصل

٦٩١٩

وتجب في أهداب العينين بمفردها الدية . وهو الشعر الذي على الأجفان وفي كل واحد منها ربعها وبهذا قال . أبو حنيفة وقال الشافعي فيه حكومة .

ولنا : أن فيها جمالا ونفعاً فإنها تقي العينين وترد عنهما ، وتحسن العين وتجميلها ، فوجبت فيها الدية كالأجفان بأهدابها لم يجب أكثر من دية ، لأن الشعر يزول تبعاً لزوال الأجفان ، فلم تفرد بضمان كالأصابع إذا قطع اليد وهي عليها .

مسألة

٦٩٢٠

قال : ﴿ وفي الأذنين الدية ﴾ .

روى ذلك عن عمر ، وعلى . وبه قال عطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وقتادة ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ومالك في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الأخرى فيها حكومة لأن الشرع لم يرد فيها بتقدير ، ولا يثبت للتقدير بالقياس .

ولنا : أن في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم « وفي الأذنين الدية » ولأن عمر وعلياً قضيا فيهما بالدية ، فإن قيل فقد روى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قضى في الأذن بخمسة عشر بغيراً ، قلنا : لم يثبت ذلك ، قاله ابن المنذر ، ولأن ما كان في البدن منه عضوان كان فيهما الدية كاليدين ، وفي أحدهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما ، ولأن كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين ، وإن قطع بعض أحدهما وجب بقدر ما قطع من ديتها ففي نصفها نصف ديتها وفي ربعها ربعها ، وعلى هذا الحساب ، سواء قطع من أعلى الأذن أو أسفلها أو اختلف في الجمل أو لم يختلف كما أن الأسنان والأصابع تختلف في الجمل والمنفعة ودياتها سواء .

وقد روى عن أحمد رحمه الله : في شحمة الأذن ثلث الدية وللذهب الأول وتجب الدية في أذن الأصم لأن الصمم نقص في غير الأذن فلم يؤثر في ديتها كالعمى لا يؤثر في دية الأجفان وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً .

فصل

٦٩٢١

فإن جنى على أذنه فاستعشفت واستحشافها كشلل سائر الأعضاء ففيها حكومة ، وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : في ذلك ديتها لأن ما وجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل .

ولنا : أن نفعها باق بعد استحشافها وكذلك جمالها فإن نفعها جمع الصوت . ومنع دخول الماء والهوام في صمائه ، وهذا باق بعد شللها ، فإن قطعها قاطع بعد استحشافها ففيها ديتها ، لأنه قطع أذنًا فيها جمالها ونفعها فوجبت ديتها كالمصحية . وكألو قلع عيناً عشاء أو حواء .

٦٩٢٢

مسألة

قال : ﴿ وفي السمع إذا ذهب من الأذنين الدية ﴾ .

لاخلاف في هذا . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن في السمع الدية . روى ذلك عن عمر . وبه قال مجاهد وقتادة ، والثوري ، والأوزاعي ، وأهل الشام ، وأهل العراق ، ومالك ، والشافعي وابن المنذر . ولا أعلم من غيرهم خلافاً لهم . وقد روى عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وفي للسمع دية » وروى أبو المطلب عن أبي قلابة أن رجلاً رمى رجلاً بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى عمر بأربع ديات ، والرجل حي ، ولأنها حاسة تختص بنفع فمكان فيها الدية كالبصر ، وإن ذهب السمع من إحدى الأذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من إحدى العينين ، وإن قطع أذنه فذهب سمعه وجبت ديتان لأن السمع في غيرها . فأشبهه مالو أوقع أجفان عينييه فذهب بصره ، بخلاف العين إذا قامت فذهب بصره . فإن البصر في العين فأشبهه البطش بالذهب بقطع اليد .

٦٩٢٣

فصل

وإن اختلفا في ذهاب سمعه فإنه يتغفل ويصاح به وينظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والأصوات المزججة . فإن ظهر منه انزعاج أو التفات أو ما يدل على السمع فالقول قول الجاني مع يمينه ، لأن ظهور الأمارات يدل على أنه سميع ، فغلبت جنبه المدعى ، وحلف لجواز أن يكون ما ظهر منه اتفاقاً ، وإن لم يوجد منه شيء من ذلك فالقول قوله مع يمينه ، لأن الظاهر أنه غير سميع . وحلف لجواز أن يكون احتراز وتصبر ، وإن ادعى ذلك في إحداها سدت الأخرى وتغفل على ما ذكرنا ، فإن ادعى نقصان السمع فيهما فلا طريق لنا إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة ، وإن ادعى نقصه في أحدها سدنا العليلة وأطلقنا الصحيحة ، وأقفا من يحدثه وهو يتباعد إلى حيث يقول إلى لا أسمع ، فإذا قال إني لا أسمع غير عليه الصوت والكلام ، فإن بان أنه يسمع ، وإلا فقد كذب ، فإذا انتهى إلى آخر سماعه قدر المسافة وسد للصحيحة وأطلقت المريضة وحديثه وهو يتباعد حتى يقول : إني لا أسمع ، فإذا قال ذلك غير عليه الكلام . فإن تغيرت صفته لم يقبل قوله ، وإن لم تتغير صفته حلف ، وقبل قوله ، ومسحت المسافتان . ونظرت ما نقصت العليلة فوجب بقدره فإن قال إني أسمع العالی . ولا أسمع الخفي فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة .

٦٩٢٤

فصل

فإن قال أهل الخبرة : إنه يرجى عود سمعه إلى مدة انتظار إليها ، وإن لم يكن لذلك غاية لم ينتظر ،

ومتى عاد السمع فإن كان قبل أخذ الدية سقطت . وإن كان بعده ردت على ما قلنا في البصر .

مسألة

٦٩٢٥

قال ﴿ وفي قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية وفي شعر اللحية الدية إذا لم ينبت وفي الحاجبين إذا لم تنبت ﴾ .

هذه الشعور الثلاثة في كل واحد منها دية . وذكر أصحابنا معها شعراً رابعاً . وهو أهداب العينين وقد ذكرناه قبل هذا في كل واحد منهما دية . وهذا قول أبي حنيفة . والثوري . وعن أوجب في الحاجبين الدية سعيد بن المسيب ، وشريح ، والحسن ، وقتادة ، وروى عن علي ، وزيد بن ثابت ، أنهما قالوا في الشعر : فيه الدية ، وقال مالك ، والشافعي : فيه حكومة ، واختاره ابن المنذر ، لأنه إنلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد للشلاء والعين للقائمة .

ولنا : أنه أذهب الجمال على السكال فوجب فيه دية كاملة كأذن الأمام وأنف الأخشم وما ذكره ممنوع فإن الحاجب يرد العرق . عن العين ، ويفرقه ، وهذب العين يرد عنها ويصونها . فجرى مجرى أجهنما ، وينتقض ما ذكره بالأصل الذي قسنا عليه ، ويفارق اليد الشلاء ، فإنه ليس جالها كاملاً .

فصل

٦٩٢٦

وفي أحد الحاجبين نصف الدية ، لأن كل شيئين فيهما الدية . ففي أحدهما نصفها كاليدين . وفي بعض ذلك أذهب شيء من الشعور المذكورة من الدية بقسطه من ديبته ، يقدر بالساحة كالأذنين . ومارن الأنف . ولا فرق في هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفية ، أو جميلة أو قبيحة ، أو كونها من صغير أو كبير ، لأن سائر ما فيه الدية من الأعضاء لا يفترق الحال فيه بذلك ، وإن أبقى من لحية مالا جمال فيه أو من غيرها من الشعور ففيه وجهان .

أحدهما : يؤخذ بالقسط . لأنه محل يجب في بعضه بحصته فأشبهه الأذن ومارن الأنف .

والثاني : تجب الدية كاملة ، لأنه أذهب المقصود كله فأشبهه مالو أذهب ضوء العينين ، ولأن جنائته ربما أحوجت إلى إذهاب الباقي لزيادته في القبح على ذهاب الكل ، فتكون جنائته سبباً لذهاب الكل ، فأوجب ديبته . كما لو ذهب بسرابة القمل أو كما لو احتاج في دواء شعبة الرأس إلى ما ذهب بضوء عينه .

فصل

٦٩٢٧

ولا تجب الدية في شيء من هذه الشعور إلا بنهايه على وجه لا يرجى عوده مثل أن

يقلب^(١) على رأسه ماء حاراً فتلف منبت الشعر ، فينقلع^(٢) بالسكبية بحيث لا يعود ، وإن رجي عوده إلى مدة انتظار إليها . وإن عاد الشعر قبل أخذ الدية لم تجب ، فإن عاد بعد أخذها ردها والحكم فيه بالحكم في ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لا يرجى .

فصل

٦٩٢٨

ولا قصاص في شيء من هذه الشهور . لأن إتلافها إنما يكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار . فلا يمكن المساواة . فلا يجب القصاص فيه .

مسألة

٦٩٢٩

قال : « وفي المشام الدية » .

يعنى الشم في إتلافه الدية . لأنه حاسة تختص بمفعة فكان فيها الدية كسائر الحواس . ولا نعلم في هذا خلافاً . قال القاضى : في كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وفي المشام الدية » . فإن ادعى ذهاب شمه اغتلفناه بالروائح الطيبة والمنفذة ، فإن هش للطيب وتنكر للمدخن فالتقول قول الجاني مع يمينه ، وإن لم يبين منه ذلك فالتقول قول الجاني عليه كقولهم في اختلافهم في السمع . وإن ادعى الجاني عليه نقص شمه فالتقول قوله مع يمينه ، لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في انتضاء مدتها بالأقراء ، ويجب له من الدية ما أخرجه الحكومة ، وإن ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت ، وإن كان بعد أخذها ردها ، لأننا تبيننا أنه لم يكن ذهاب ، وإن رجي عود شمه إلى مدة انتظار إليها ، وإن ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الدية كما لو ذهب بصره من إحدى عينيه .

فصل

٦٩٣٠

وفي الأنف الدية إذا كان قطع مارته بغير خلاف بينهم ، حكاه ابن عبد البر ، وابن المنذر عن يحفظ عنه من أهل العلم . وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وفي الأنف إذا أوعب جدعاً الدية » وفي رواية مالك في الموطأ « إذا أوعى جدعاً » يعنى إذا استوعب ولأنه عضو فيه جمال ومنفعة ليس في البدن منه إلا شيء واحد ، فكانت فيه الدية كاللسان ، وإنما الدية في مارته ، وهو مالان منه ، هكذا قال الخليل وغيره ، لأنه يروى عن طاوس أنه قال كان في

كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : « في الأنف إذا أوعب مارنه جدعاً الدية » ، ولأن الذي يقطع فيه ذلك ، فانصرف الخبر إليه ، فإن قطع بعضه ففيه بقدره من الدية ، يمسح ويعرف قدر ذلك منه ، كما قلنا في الأذنين ، وقد روى هذا عن عمر بن عبد العزيز ، والشافعي .

وإن قطع أحد المنخرين ففيه ثلث الدية ، وفي المنخرين ثلثاها ، وفي الحاجز بينهما الثلث . قال أحمد : في الوتر^(١) الثلث ، وفي الخرمة في كل واحد منهما الثلث ، وبهذا قال إسحاق . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس فتوزعت الدية على عددها كسائر ما فيه عدد من جنس ، من اليدين ، والأصابع ، والأجفان الأربعة . وحكى أبو الخطاب وجهاً آخر : أن في المنخرين الدية . وفي الحاجز بينهما حكومة ، لقول أحمد : في كل زوجين من الإنسان الدية وهذا الوجه الثاني لأصحاب الشافعي ، لأن المنخرين ليس في البدن لهما ثالث ، فأشبهها اليدين ، ولأنه يقطع المنخرين أذهب الجبال كله والمفغة ، فأشبهه قطع اليدين فعلى هذا الوجه في قطع أحد المنخرين نصف الدية ، وإن قطع معه الحاجز ففيه حكومة ، وإن قطع نصف الحاجز أو أقل أو أكثر لم يزد على حكومة ، وعلى الأول في قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية ، وفي قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية ، وفي قطع جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الدية ، يقدر بالمساحة . فإن شق الحاجز بين المنخرين ففيه حكومة ، فإن بقي منفرداً فالحكومة فيه أكثر .

فصل

٦٩٣١

وإن قطع المارن مع القصبه ففيه الدية في قياس المذهب . وهذا مذهب الشافعي ، لأن المارن وحده موجب للدية ، فوجب الحكومة في الزائدة ، كما لو قطع القصبه وحدها مع لسانه .

ولنا : قوله عليه السلام : « في الأنف إذا أوعب جدعاً الدية » ولأنه عضو واحد فلم يجب به أكثر من دية كالأذن إذا قطع من أصله ، وما ذكره يبطل بهذا ، ويفارق ما إذا قطع لسانه وقصبته ، لأنهما عضوان ، فلا تدخل دية أحدهما في الآخر ، وأما العضو الواحد فلا يبعد أن يجب في جميعه ما يجب في بعضه ، كالأذن كرتجب في حشفته الدية التي تجب في جميعه ، وأصابع اليد يجب فيها ما يجب في اليد من الكوع ، وكذلك أصابع الرجل وفي الثدي كله ما في حلمته فأما إن قطع الأنف وما تحته من اللحم ففي اللحم حكومة ، لأنه ليس من الأنف ، فأشبهه ما لو قطع الذكر واللحم الذي تحته .

٦٩٣٢

فصل

فإن ضرب أنفه فأشله ففيه حكومة وإن قطعه قاطع بعد ذلك ففيه دية . كما قلنا في الأذن ، وقول الشافعى ههنا كقوله في الأذن على مامضى شرحه وتبيناه ، وإن ضربه فموجه أو غير لونه ففيه حكومة في قولهم جميعاً ، وفي قطعه بعد ذلك دية كاملة ، وإن قطعه إلا جلدة بقي معلقاً بها فلم يلتحم واحتيج إلى قطعه ففيه دية ، لأنه قطع جميعه ، بعضه بالمباشرة ، وباقيه بالتسبب ، فأشبهه مالهوسى قطع بعضه إلى قطع جميعه ، وإن رده فالتحم ففيه حكومة ، لأنه لم يبن ، وإن أبانه فردته فالتحم فقال أبو بكر : ليس فيه إلا حكومة كالتى قبلها ، وقال القاضى : فيه دية ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه أبان أنفه فلزمته دية كما لو لم يلتحم ولأن ما بين قد نجس ، فلزمه أن يبينه بعد التقامه ، ومن قال بقول أبى بكر منع نجاسته ووجوب إبانته ، لأن أجزاء الأذى كجملاته ، بدليل سائر الطيوروانات ، وجملته طاهرة وكذلك أجزاؤه .

٦٩٣٣

فصل

وإن قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان ، لأن الشم في الأنف ، فلا تدخل دية أحدهما في الآخر كالسمع مع الأذن ، والبصر مع أجفان العينين ، والنطق مع الشفتين ، وإن قطع أنف الأخشم وجبت دية ، لأن ذلك عيب في غير الأنف ، فأشبهه ما ذكرنا .

٦٩٣٤

مسألة

قال : ﴿ وفي الشفتين الدية ﴾ .

لاخلاف بين أهل العلم أن في الشفتين الدية ، وفي كتاب عمرو بن حزم الذى كتبه له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وفي الشفتين الدية » ، ولأنهما عضوان ليس في اللبدن مثلهما ، جمال ظاهر ، ومنفعة كاملة ، فإنهما طبق على الفم تقيانه ما يؤذيه وتستتران الأسنان ، وتردان الريق ، وينفخ بهما ، ويتم بهما الكلام ، فإن فيهما بعض مخارج الحروف ، فتجب فيهما الدية كاليدين والرجلين ، وظاهر المذهب أن في كل واحدة منهما نصف الدية . وروى هذا عن أبى بكر ، وعلى رضى عنهما ، وإليه ذهب أكثر الفقهاء وروى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أن في العليا ثلث الدية ، وفي السفلى الثلثين . لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت . وبه قال سعيد بن المسيب ، والزهري ، ولأن المنفعة بهما أعظم ، لأنها التى تدور وتتحرك ، وتحفظ الريق والطعام ، والعليا ساكنة لا حركة فيها .

ولنا : قول أبى بكر وعلى رضى الله عنهما ، ولأن كل شيتين وجبت فيهما الدية وجب في أحدهما نصفهما كسائر الأعضاء ، ولأن كل ذى عدد وجبت فيه الدية سوى بين جميعه فيها ، كالأصابع والأسنان ولا اعتبار بزيادة النفع بدليل ما ذكرنا من الأصل .

٦٩٣٥

فصل

فإن ضربهما فأشلمهما وجبت ديتهما ، لأنه أتلف منفعتهما ، فوجبت ديتهما كالو أشل يديه . وإن تقلست^(١) فلم تنطبقا على الأسنان أو استرختا فصارتا لا تنفصلان عن الأسنان ففيهما الدية ، لأنه عطل منفعتهما وجأ لهما ، وإن تقلستا يعض اللغليس وجبت الحكومة ، لأن منافعهما لم تبطل بالكلية .

٦٩٣٦

فصل

حد الشفة السفلى من أسفل ما تجافي عن الأسنان واللثة مما ارتفع عن جلدة الذقن ، وحد العليا من فوق ما تجافي عن الأسنان واللثة إلى اتصاله بالمنخرين والحاجز . وحدهما طولا طول الفم إلى حاشية الشدقين وليست حاشية الشدقين منهما .

٦٩٣٧

مسألة

قال : (وفي اللسان المتكلم به الدية) .

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في لسان الناطق ، وروى ذلك عن أبي بكر ، وعمر ، وعلي ، وابن مسعود رضى الله عنهم ، وبه قال أهل المدينة ، وأهل الكوفة ، وأصحاب الرأي ، وأصحاب الحديث ، وغيرهم . وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم : « وفي اللسان الدية » ، ولأن فيه جمالا ومنفعة ، فأشبه الأنف ، فأما الجلال : فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الجلال فقال : « في اللسان » ، ويقال : جمال الرجل في لسانه ، والمرء بأصغريه قلبه ولسانه ، ويقال : ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة . وأما النفع فإن به تبلغ الأغراض ، وتستخلص الحقوق ، وتدفع الآفات ، وتنقضي به الحاجات ، وتتم العبادات في القراءة والذكر والشكر والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والتعليم ، والدلالة على الحق المبين ، والصراط المستقيم ، وبه يذوق الطعام ، ويستعين في مضغه وتغليبه ، وتدقية اللحم وتنظيفه ، فهو أعظم الأعضاء نفعا ، وأتمها جمالا ، فإيجاب الدية في غيره تذهيبه على إيجابها فيه ، وإنما تجب الدية في لسان الناطق ، فإن كان أخرس لم تجب فيه دية كاملة بغير خلاف ، لذهاب نفعه المقصود منه كاليد الشلاء والعين القائمة .

٦٩٣٨

فصل

وفي الكلام الدية فإذا جنى عليه نخرس وجبت ديته ، لأن كل ما تمقت الدية بإتلافه تعلقت بإتلاف منفعتة كاليد ، فأما إن جنى عليه فأذهب ذوقه . فقال أبو الخطاب : فيه الدية ، لأن الذوق حاسة فأشبهه

(١) (تقلستا) بالصاد ضد تمددتا أى انكسرتا ويقال هذا في المسألة لتالية (ف)

الشم ، وقياس المذهب أنه لادية فيه ، فإنه لا يختلف فى أن لسان الأخرس لا تجب فيه الدية ، وقد نص أحمد رحمه الله على أن فيه ثلث الدية ، ولو وجب فى الذوق دية لوجبت فى ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى ، واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال : قد نص الشافعى على وجوب الدية فيه ، ومنهم من قال : لا نص له فيه ، ومنهم من قال : قد نص على أن فى لسان الأخرس حكومة ، وإن ذهب الذوق بذهابه والصحيح إن شاء الله أنه لادية فيه ، لأن فى إجماعهم على أن لسان الأخرس لا تكمل الدية فيه إجماعاً على أنها لا تكمل فى ذهاب الذوق بمفرده ، لأن كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته لا تكمل بمنفعته دونه ، كسائر الأعضاء ، ولا تفريع على هذا القول ، فأما على الأول ، فإذا ذهب ذوقه كله ففيه دية كاملة ، وإن نقص نقصاً غير مقدر بأن يحس المذاق كله إلا أنه لا يدركه على الكمال ففيه حكومة ، كالمقص بصره نقصاً لا يتقدر ، وإن كان نقصاً يتقدر بالأ يدرى بأحد المذاق الخمس وهى : الحلاوة ، والمرارة ، والحوضة والملوحة ، والمذوبة ، ويدرك بالباقي ففيه خمس الدية ، وفى اثنتين خمسها ، وفى ثلاث ثلاثة أخماسها ، وإن لم يدرك بواحدة ونقص الباقي فعليه خمس الدية ، وحكومة لنقص الباقي ، وإن قطع لسان أخرس فذهب ذوقه ففيه الدية ، لإتلافه الذوق ، وإن جنى على لسان ناطق ، فأذهب كلامه وذوقه ففيه دية واحدة ، لأنهما يذهبان تبعاً لذهابه ، فوجبت ديته دون ديتهما كالمقتل إنساناً لم تجب إلا دية واحدة ، ولو ذهبت مضافه مع بقائه فى كل منفعة دية .

فصل

٦٩٣٩

وإن ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدر ما ذهب ، يعتبر ذلك بحروف المعجم ، وهى ثمانية وعشرون حرفاً سوى « لا » فإن مخرجها مخرج اللام والألف ، فهما نقص من الحروف وجب من الدية بقدره ، لأن الكلام يتم بجمعها ، فالذهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ، وفى الحرف الواحد ربع سبع الدية ، وفى الحرفين نصف سبعها ، وفى الأربعة سبعها ، ولا فرق بين ماخف من الحروف على اللسان وما ثقل ، لأن كل ماوجب فيه المقدّر لم يختلف باختلاف قدره كالأصابع ، ويعمل أن تقسم الدية على الحروف التى للسان فيها عمل ، دون الشفة ، وهى أربعة الباء ، والميم ، والفاء والواو ، دون حروف الحلق الستة : الهمزة ، والماء ، والحاء ، واخاء ، والعين ، والغين ، فهذه عشرة بقى ثمانية عشر حرفاً للسان تنقسم ديته عليها ، لأن الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه ، فإذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب فى بعضها بقسطه منها ، وفى الواحد نصف سبع الدية ، وفى الاثنين تسعها ، وفى الثلاثة سدسها ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى .

وإن جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره ، وكذلك إن ذهب بعض حروف الحلق بجنايته ، وينبغى أن تجب بقدره من الثمانية والعشرين وجهاً واحداً ، وإن ذهب حرف فمجهز عن

كلمة لم يجب غير أرش الحرف ، لأن الغمان إنما يجب لما تلف ، وإن ذهب حرف فأبدل مكانه حرفاً آخر كأنه يقول درهم فصار يقول دلم ، أو دعم ، أو ديهيم ، فعليه ضمان الحرف الذهاب ، لأن ما تبدل لا يقوم مقام الذهاب في القراءة ولا غيرها ، فإن جنى عليه فذهب البذل وجبت دية أيضاً ، لأنه أصل ، وإن لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه محجة أو تنمة أو فافأة فعليه حكومة لما حصل من اللقص والشين ، ولم تجب الدية ، لأن اللقمة باقية ، وإن جنى عليه جان آخر فأذهب كلامه ففيه الدية كاملة ، كالمو جنى على عينه جان فعمشت ، ثم جنى عليها آخر فذهب ببصرها ، وإن أذهب الأول بعض الحروف وأذهب الثاني بقية الكلام فبلى كل واحد منهما بقسطه ، كالمو ذهب الأول ببصر إحدى العينين ، وذهب الآخر ببصر الأخرى ، وإن كان أنثى من غير جناية عليه فذهب لإنسان بكلامه كله فإن كان مأبوساً^(١) من زوال لثغته ففيه بقسط ما ذهب من الحروف ، وإن كان غير مأبوس من زوالها كالصبي ففيه الدية كاملة لأن الظاهر زوالها ، وكذلك الكبير إذا أمكن إزالة لثغته بالتعليم .

فصل

٦٩٤٠

إذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فإن استويا مثل أن يقطع ربع لسانه فيذهب كلامه وجب ربع الدية بقدر الذهاب منها ، كالمو قلع إحدى عينييه فذهب ببصرها ، وإن ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كأن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه ، أو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه ، وجب بقدر الأكثر ، وهو نصف الدية في الحالين ، لأن كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية مفرداً ، فإذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف ، ألا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية ، ولو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب نصف الدية ، وإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب نصف الدية فإن قطع آخر بقية اللسان فذهبت بقية الكلام ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : عليه نصف الدية ، هذا قول القاضي ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن السالم نصف اللسان ، وباقيه أشل ، بدليل ذهاب نصف الكلام .

والثاني : عليه نصف الدية ، وحكومة للربع الأشل ، لأنه لو كان جميعه أشل لسكانت فيه حكومة أو ثلث الدية ، فإذا كان بعضه أشل ففي ذلك البعض حكومة أيضاً .

الثالث : عليه ثلاثة أرباع الدية ، وهذا الوجه الثاني لأصحاب الشافعي ، لأنه قطع ثلاثة أرباع لسانه ، فذهب ربع كلامه ، فوجب عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولاً ولا يصح القول بأن بعضه أشل ،

(١) في ١٨ : ميثوساً .

لأن العضو متى كان فيه بعض النفع لم يكن بمضه أشل كالعين إذا كان بصرها ضعيفاً ، واليد إذا كان بطشها ناقصاً ، وإن قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديقه ، وإن قطع الآخر بقيته فعليه ثلاثة أرباع الدية ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، والآخر عليه نصف الدية ، لأنه لم يقطع إلا نصف لسانه .

ولنا : أنه ذهب ثلاثة أرباع الكلام ، فلزمه ثلاثة أرباع ديقه ، كما لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسان الأول ، ولأنه لو أذهب ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسان الأول ، ولأنه لو أذهب ثلاثة أرباع الكلام مع بقاء اللسان لزمه ثلاثة أرباع الدية ، فلأن تجب بقطع نصف اللسان في الأول أولى ، ولو لم يقطع الثانى نصف اللسان ، لكن جنى عليه جناية أذهبت بقية كلامه مع بقاء لسانه لكان عليه ثلاثة أرباع ديقه ، لأنه ذهب بثلاثة أرباع ما فيه الدية ، فكان عليه ثلاثة أرباع الدية ، كما لو جنى على صحيح فذهب بثلاثة أرباع كلامه مع بقاء لسانه .

فصل

٦٩٤١

وإذا قطع بعض لسانه عمداً فاقتص الجنى عليه من مثل ما جنى عليه به فذهب من كلام الجانى مثل ما ذهب من كلام الجنى عليه وأكثر ، فقد استوفى حقه ، ولا شئ في الزائد ، لأنه من سرية القود ، وسرية القود غير مضمونة ، وإن ذهب أقل فلامقتص دية ما بقى ، لأنه لم يستوف بدله .

فصل

٦٩٤٢

وإذا قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته وجبت ديقه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا تجب ، لأنه لسان لا كلام فيه ، فلم تجب فيه دية كلسان الأخرس .

ولنا : أن ظاهره السلامة ، وإنما لم يتكلم لأنه لا يحسن الكلام ، فوجبت به الدية كالكبير ، ويخالف الأخرس ، فإنه علم أنه أشل ، ألا ترى أن أعضاده لا يبطش بها ، وتجب فيه الدية ؟ وإن بلغ حداً يتكلم فقطع لسانه لم تجب فيه الدية ، لأن الظاهر أنه لا يقدر على الكلام ، ويجب فيه ما يجب في لسان الأخرس ، وإن كبر فنطق ببعض الحروف وجب فيه بقدر ما ذهب من الحروف ، لأننا تبيننا أنه كان ناطقاً ، وإن كان قد بلغ إلى حد يتحرك بالبعاء وغيره فلم يتحرك فقطعه فاطع فلا دية فيه ، لأن الظاهر أنه لو كان صحيحاً لتحرك ، وإن لم يبلغ إلى حد يتحرك ففيه الدية ، لأن الظاهر سلامته ، وإن قطع لسان كبير وادعى أنه كان أخرس ففيه مثل ما ذكرنا فيما إذا اختلفا في شلل العضو المقطوع على ما ذكرناه فيما مضى .

٦٩٤٣

فصل

وإن جنى عليه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد لم تجب الدية ، لأننا تبيننا أنه لم يذهب ، ولو ذهب لم يمد ، وإن كان قد أخذ الدية ردها ، وإن قطع لسانه فعاد لم تجب الدية أيضاً ، وإن كان قد أخذها ردها ، قاله أبو بكر ، وظاهر مذهب الشافعي : أنه لا يرد الدية ، لأن العادة لم تجر بعوده ، واختصاص هذا بعوده يدل على أنه هبة مجددة .

ولنا : أنه عاد ما وجبت فيه الدية ، فوجب رد الدية كالأسنان وسائر ما يعود ، وإن قطع لسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم يجب رد الدية ، لأن الكلام الذي كان باللسان قد ذهب ولم يمد إلى اللسان وإنما عاد في محل آخر بخلاف التي قبلها ، وإن قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد اللسان دون الكلام لم يرد الدية ، لأنه قد ذهب ما تجب الدية فيه بانفراده وإن عاد كلامه دون لسانه لم يردّها أيضاً لذلك .

٦٩٤٤

فصل

وإذا كان لسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية ، لأن ذهاب الكلام بمفرده يوجب دية ، وإن ذهب بعض الكلام نظرت فإن كان الطرفان متساويين وكان ما قطعه بقدر ما ذهب من الكلام وجب ، وإن كان أحدهما أكبر وجب الأكبر على ماضى ، وإن لم يذهب من الكلام شيء وجب بقدر ما ذهب من اللسان من الدية ، وإن كان أحدهما منحرفاً عن سمت اللسان فهو خلقة زائدة ، وفيه حكومة ، وإن قطع جميع اللسان وجبت الدية من غير زيادة ، سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين ، وقال القاضي : إن كانا متساويين ففيهما الدية : وإن كان أحدهما منحرفاً عن سمت اللسان وجبت الدية ، وحكومة في الخلقة الزائدة .

ولنا : أن هذه الزيادة عيب ونقص يرد به المبيع وينقص من ثمنه ، فلم يجب فيها شيء ، كالساعة في اليد ، وربما عاد القولان إلى شيء واحد ، لأن الحكومة لا يخرج بها شيء إذا كانت الزيادة عيباً .

٦٩٤٥

مسألة

قال : ﴿ وفي كل سن خمس من الإبل ، إذا قلمت بمن قد أنقر ، والأضراس والأنياب كالأسنان ﴾ .

لأنهم بين أهل العلم خلافاً في أن دية الأسنان خمس خمس في كل سن ، وقد روى ذلك عن عمر بن

الخطاب ، وابن عباس ، ومعاوية ، وسعيد بن المسيب ، وعروة ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى صلى الله عليه وسلم : « فى السن خمس من الإبل » رواه النسائى وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى الأسنان خمس خمس » ، رواه أبو داود ، فأما الأضراس والأنياب فأكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان ، منهم عروة ، وطاوس ، وقتادة ، والزهرى ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وروى ذلك عن ابن عباس ، ومعاوية . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى الأضراس بعير بعير . وعن سعيد بن المسيب أنه قال : لو كنت أنا لجمعت فى الأضراس بعيرين بعيرين . فتلك الدية سواء ، وروى ذلك مالك فى موطنه ، وعن عطاء نحوه ، وحكى عن أحد رواية : أن فى جميع الأسنان والأضراس الدية ، فيتمين حل هذه الرواية على مثل قول سعيد ، للإجماع على أن فى كل سن خمساً من الإبل ، وورد الحديث به ، فيكون فى الأسنان ستون بعيراً ، لأن فيه اثني عشر سنّاً ، أربع ثمانية ، وأربع رابعيات ، وأربعة أنياب ، فيها خمس خمس ، وفيه عشرون ضرساً فى كل جانب عشرة ، خمسة من فوق وخمسة من أسفل ، فيكون فيها أربعون بعيراً ، فى كل ضرس بعيران ، فتكمل الدية . وحجة من قال هذا : أنه ذو عدد يجب فيه الدية ، فلم تزد دية على دية الإنسان كالأصابع والأجفان وسائر مافي البدن ، ولأنها تشتمل على منفعة جنس ، فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ، ولأن الأضراس تختص بالمنفعة دون الجمال ، والأسنان فيها منفعة وجمال ، فاختلغا فى الأرض .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الأصابع سواء ، والأسنان سواء ، الثنية والضرس سواء ، هذه وهذه سواء » وهذا نص ، وقوله فى الأحاديث المقدمة : « فى الأسنان خمس خمس » ولم يفصل فيدخل فى عمومها الأضراس ، لأنها أسنان ، ولأن كل دية وجبت فى جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع ، كالأصابع والأجفان والشفنتين وقد أوماً ابن عباس إلى هذا فقال : لا اعتبرها بالأصابع ، فأما ما ذكره من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه ، فن ذهب إلى قولنا خالف المعنى الذى ذكره ، ومن ذهب إلى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الأعضاء من جنس واحد ، فكان ما ذكرناه مع موافقة الأخبار وقول أكثر أهل العلم أولى .

وأما على قول عمر : إن فى كل ضرس بعيراً فيخالف القياسين جميعاً والأخبار ، فإنه لا يوجب الدية للكاملة ، وإنما يوجب ثمانين بعيراً ، ويخالف بين الأعضاء المتجانسة ، وإنما يجب هذا الضمان فى سن من قد نقر^(١) وهو الذى أبدل أسفانه وبلغ حداً إذا قلعت سنه لم يمد بدلها ، يقال : نقر وأنقر وأنقر إذا

كان كذلك ، فأما سن الصبي الذي لم يشفر فلا يجب بقلعها في الحال شيء ، هذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا أعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن العادة عود سنه ، فلم يجب فيها في الحال شيء ، كنتف شعره ، لكن ينتظر عودها ، فإن مضت مدة يئأس من عودها [فيها] وجبت ديتها ، قال أحمد : يتوقف سنة ، لأنه الغالب في نباتها .

وقال القاضي : إذا سقطت أخواتها ولم تدمي أخذت الدية ، وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها ، كما لو نتف شعره فعاد مثله ، لكن إن عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة ، لأن الظاهر أن ذلك بسبب الجنابة عليها ، فإن أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها من ديتها بقدر ما نقص ، وكذلك إن كانت فيها ثمة أمكن تقديرها ففيها بقدر ما ذهب منها ، كما لو كسر من سنه ذلك القدر ، وإن نبتت أكبر من أخواتها ففيها حكومة ، لأن ذلك عيب . وقيل : فيها وجه آخر ، لا شيء فيها لأن هذا زيادة ، والصحيح الأول ، لأن ذلك شئ حصل بسبب الجنابة ، فأشبهه نقصها . وإن نبتت مائلة عن صف الأسنان بحيث لا ينتفع ففيها ديتها ، لأن ذلك كذاها ، وإن كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ، ونقص نفعا ، وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة ، لنقص جمالها ، وإن نبتت سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضي .

إحداها : فيها ديتها . والثانية : فيها حكومة ، كما لو سودها من غير قلعها .

وإن مات الصبي قبل اليأس من عود سنه ففيه وجهان :

أحدهما : لا شيء له لأن الظاهر أنه لو عاش لعادت فلم يجب فيها شيء كما لو نتف شعره .

والثاني فيها الدية لأنه قلع سنّاً وأيس من عودها ، فوجبت ديتها كما لو مضى زمن تعود في مثله فلم تدم .

وإن قلع سن من قد نمر^(١) وجبت ديتها في الحال ، لأن الظاهر أنها لا تعود ، فإن عادت لم تجب الدية وإن كان قد أخذها ردها . وبهذا قال أصحاب الرأي ، وقال مالك : لا يرد شيئاً لأن العادة أنها لا تعود ، فتى عادت كانت هبة من الله تعالى بمجددة ، فلا يسقط بذلك ماوجب له بقلع سنه ، وعن الشافعي كاللذهبين .

وانسا : أنه عاد له في مكانها مثل التي قلعت ، فلم يجب له شيء كالذي لم يشفر ، وإن عادت ناقصة أو مشوهة فحكم سن الصغير إذا عادت على ما ذكرنا ، ولو قلع سن من لم يشفر فضت مدة يئأس

من عودها وحكم بوجوب الدية فعادت بعد ذلك سقطت الدية ، وردت إن كانت أخذت ، كسن الكبير إذا عادت .

٦٩٤٦ فصل

وتجب دية السن فيما ظهر منها من اللثة ، لأن ذلك هو المسمى سناً ، وما في اللثة منها يسمى سيفخاً^(١) ، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ في السن ديتها ، وفي السنخ حكومة ، كالأصابع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وإن قلعهما الآخر بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها ، كالأصابع اليد من كوعها وإن فعل ذلك في صرتين فكسر السن ثم عاد فقلع السنخ فعليه ديتها وحكومة ، لأن ديتها وجبت بالأول ثم وجب عليه بالثاني حكومة ، كالأصابع فله غيره ، وكذلك لو قطع الأصابع ثم قطع الكف ، وإن كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره ، وإن كان ذهب النصف وجب نصف الأرض ، وإن كان الذهب الثلث وجب الثلث ، وإن جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الأرض ، فإن قلع الثاني بقيتها بسنخها نظرنا فإن كان الأول كسرها عرضاً فليس على الثاني للسنخ شيء ، لأنه تابع لما قلعه من ظاهر السن ، فصار كالأصابع من كل إصبع من أصابعه أكلة ، ثم قطع الثاني يده من الكوع ، وإن كان الأول كسر نصف السن طولا دون سنخه فجاء الثاني فقطع الباقي بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقي ، وحكومة لنصف السنخ الذي بقي لما كسره الأول ، كالأصابع من الأول إصبعين من يد ثم جاء الثاني فقطع الكف كله ، فإن اختلف الثاني والجنى عليه فيما قلعه الأول فالقول قول الجنى عليه ، لأن الأصل سلامة السن ، وإن انكشفت اللثة عن بعض السن فالدية في قدر الظاهر عادة دون ما انكشف على خلاف العادة ، وإن اختلفا في قدر الظاهر اعتبر ذلك بأخواتها ، فإن لم يكن لها شيء يعتبر به ، ولم يمكن أن يعرف ذلك أهل الخبرة فالقول قول الجاني لأن الأصل براءة ذمته .

٦٩٤٧ فصل

وإن قلع سناً مضطربة لكبير أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضغط الطعام والريق وجبت ديتها ، وكذلك إن ذهب بعض منافعها وبقي بعضها ، لأن جمالها وبعض منافعها باق ، فكمل ديتها كاليد المريضة ويد الكبير ، وإن ذهبت منافعها كلها فهي كاليد الشلاء على ما سذكروه إن شاء الله تعالى ، وإن قلع سناً فيها داء أو آكلة^(٢) فإن لم يذهب شيء من أجزائها وجب فيها دية السن الصحيحة ، لأنها كاليد المريضة ، وإن سقط من أجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذهاب منها ، ووجب الباقي ، وإن كان إحدى ثنيتين قصيرة نقص من ديتها بقدر نقصها كالأصابع فكسرها .

(١) السنخ : بكسر السين وسكون النون مثبت السن . (ف)

(٢) الآكلة : داء في العضو يأكل منه . (ف)

٦٩٤٨

فصل

فإن جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الأسفان وقيل : إنها تعود إلى مدة^(١) إلى ما كانت عليه نظرت إليها ، فإن ذهبت وسقطت وجبت ديتها ، وإن عادت كما كانت فلا شيء فيها ، كالأو جنى على يده فرضت ثم برأت ، وإن بقي فيها اضطراب ففيها حكومة ، وإن قلمها قالع فعليه ديتها كاملة ، كما ذكرنا في الفصل الذي قبله ، وعلى الأول حكومة لجنايته ، وإن مضت المدة ولم تعد إلى ما كانت عليه ففيها حكومة ، وإن قلمها قالع فعليه ديتها كما ذكرنا ، وإن قالوا : يرجى عودها من غير تنذير مدة وجبت الحكومة فيها ، لثلا يفضى إلى إهدار الجناية ، فإن عادت سقطت الحكومة لما ذكرنا في غيرها .

٦٩٤٩

فصل

فإن قلع قالع سنه فردها صاحبها فنبتت في موضعها لم تجب ديتها ، نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد ، وهذا قول أبي بكر ، وعلى قول القاضى تجب ديتها ، وهو مذهب الشافعى ، وقد ذكرنا توجيههما فيما إذا قطع أنفه فردة فالتحم فعلى قول أبي بكر يجب فيها حكومة لفحصها إن نقصت ، أو ضعفها إن ضمنت ، وإن قلمها قالع بعد ذلك وجبت ديتها لأنها سن ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كالأو لم تنقلع وعلى قول القاضى ينبى حكما على وجوب قلعها فإن قلنا : يجب قلعها فلا شيء على قالعها لأنه قد أحسن بقلعه ما يجب قلعه ، وإن قلنا لا يجب قلعها احتمل أن يؤخذ بديتها لما ذكرنا واحتمل أن لا يؤخذ بديتها لأنه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولكن فيها حكومة ، فأما إن جعل مكانها سقا أخرى أو سن حيوان أو عظما فنبتت وجب ديتها وجهاً واحداً ، لأن سنه ذهبت بالسككية فوجبت ديتها كالأو لم يجعل مكانها شيئاً ، وإن قلعت هذه الثانية لم تجب ديتها ، لأنها ليست سقا له ، ولا هى من بدنه ، ولكن يجب فيها حكومة ، لأنها جناية أزالته جماله ومنفعته ، فأشبهه مالو خاط جرحه بخيط فالتحم ، فقلع أسنان الخيط فانفتح الجرح ، وزال القحامة ، ويحتمل ألا يجب شيء ، لأنه أزال ماليس من بدنه ، أشبه مالو قلع الأنف^(٢) الذهب الذى جماله المجدوع مكان أنفه .

٦٩٥٠

فصل

وإن جنى على سنه فسودها فحكى عن أحمد رحمه الله في ذلك روايان : أحدهما : تجب ديتها كاملة ، وهو ظاهر كلام الخرقى ، ويروى هذا عن زيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وشریح ، والزهري ، وعبد الملك بن مروان ، والنخعى ،

(١) في ٢٩١٨ : في مدة .

(٢) في ١٨ : أنفاً من ذهب حملة ...

ومالك ، والليث ، وعبد العزيز بن أبى سلمة ، والنورى ، وأصحاب الرأى ، وهو أحد قولى الشافعى .
والرواية الثانية : عن أحمد أنه إن أذهب منفعتها من المضع عليها ونحوه ففيها ديتها ، وإن لم يذهب
نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضى ، والقول الثانى للشافعى ، وهو المختار عند أصحابه ، لأنه لم يذهب
بمنفعتيها فلم تسكن ديتها كالأصغرت .

ولنا : أنه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف فى الصحابة^(١) ، فكان إجماعاً ، ولأنه أذهب
الجمال على السكال ، فسكنت ديتها كالأصغرت قطع أذن الأسم ، وأنف الأخشم ، فأما إن أصغرت أو أحررت
لم تسكن ديتها ، لأنه لم يذهب الجمال على السكال ، وفيها حكومة ، وإن أخضرت احتمل أن يكون
كتسويدها ، لأنه يذهب بجمالها واحتمل أن لا يجب فيها إلا حكومة ، لأن ذهاب جمالها بتسويدها أكثر
فلم يلحق به غيره كالأصغرت فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعد تسويدها ، ففيها ثلث ديتها ، أو
حكومة على ما سنذكره فيما بعد وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومة يجب فى قاعها ديتها كالأصغرت .

فصل

٦٩٥١

وإن جنى على سنة فذهبت حدتها وكلفت فى ذلك حكومة وعلى قاعها بعد ذلك دية كاملة ، لأنها
سن صحيحة كاملة فسكنت ديتها كالضطربة ، وإن ذهب منها جزء فى الذاهب بقدره ، وإن قاعها قاع
نقص من ديتها بقدر ما ذهب كالأصغرت منها جزء .

فصل

٦٩٥٢

وفى اللحيين الدية ، وهما المظنان اللذان فيهما الأسنان السفلى ، لأن فيهما نفعاً وجمالاً ، وليس فى اللبدن
مثلهما ، فكانت فيهما الدية كسائر ما فى البدن منه شيئان ، وفى أحدهما نصفها كالواحد بما فى البدن منه
شيئان ، وإن قلعهما بما عليهما من الأسنان وجبت عليهما ديتيها ، ودية الأسنان ، ولم تدخل دية الأسنان
فى ديتيها ، كما تدخل دية الأصابع فى دية الوجه لوجوه ثلاثة :

أحدها : أن الأسنان مفرورة فى اللحيين غير متصلة بهما ، بخلاف الأصابع .

والثانى : أن كل واحد من اللحيين والأسنان ينفرد باسمه ، ولا يدخل أحدهما فى اسم الآخر ، بخلاف
الأصابع والسكف ، فإن اسم اليد يشملهما .

والثالث : أن اللحيين توجدان قبل وجود الأسنان فى الخلقة وتبقىان بعد ذهابها فى حق الكبير ،

ومن تقلعت أسنانه عادة^(١) بخلاف الأصابع ولا لكف .

مسألة

٦٩٥٣

قال : ﴿ وفي اليدين الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين ووجوب نصفها في إحداهما ، وروى عن معاذ بن جبل رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية » . وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم « وفي اليد خمسون من الإبل » ، ولأن فيها جمالا ظاهرا ، ومنفعة كاملة ، وليس في البدن من جنسهما غيرها ، فكان فيهما الدية كاليدين واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لأن اسم اليد عند الإطلاق ينصرف إليها بدليل أن الله تعالى لما قال : (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا)^(١) كان الواجب قطعهما من الكوع ، وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين إلى الكوعين فإن قطع يده من فوق الكوع مثل أن يقطعها من المرفق أو نصف الساعد ، فليس عليه إلا دية اليد ، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وهذا قول عطاء ، وقتادة ، والنخعي ، وابن أبي ليلى ، ومالك ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي . وظاهر مذهبه عند أصحابه : أنه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد ، لأن اسم اليد لها إلى الكوع ، ولأن المنفعة المقصودة في اليد من البطش والأخذ والدفع بالكف ، وما زاد تابع للكف ، والدية تجب في قطعها من الكوع بغير خلاف ، فتجب في الزائد حكومة كولو قطعها بعد قطع الكف قال أبو الخطاب ، وهذا قول القاضي .

ولنا : أن اليد اسم للجمع إلى المنكب ، بدليل قوله تعالى : (وَأُيْدِيكُمْ إِلَى الرَّافِقِ)^(٢) . ولما نزلت آية التيمم مسحت الصحابة إلى المفاكب . وقال ثعلب : اليد إلى المنكب . وفي عرف الناس أن جميع ذلك يسمى يداً ، فإذا قطعها من فوق الكوع فما قطع إلا يداً فلا يلزمه أكثر من ديتها ، فأما قطعها في السرقة فلأن المقصود يحصل به ، وقطع بعض الشيء يسمى قطعاً له ، كما يقال قطع ثوبه إذا قطع جانباً منه وقولهم : إن الدية تقع في قطعها من الكوع ، قلنا : وكذلك تجب بقطع الأصابع مفردة ، ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب في قطع الأصابع ، والذكر يجب في قطعها من أصله مثل ما يجب بقطع حشفته ، فأما إذا قطع اليد من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانياً حكومة لأنه وجبت

(١) (عادة) هكذا في طبعة رشيد ج ٩ ص ٦٢٩ وفي طبعة الفق ج ٨ ص ٢٧ لكنه صوبها بقوله (عادت) وليس كما فهم وعبارة الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٤ « فإنهما يوجدان قبل وجود الأسنان ، ويبقيان بعد قلعهما » والصواب (بعد قلعها) .

(٢) سورة المائدة آية ٣٨ .

(٣) سورة المائدة آية ٦ .

عليه دية اليد بالقطع الأول فوجبت بالثاني حكومة كما لو قطع الأصابع ثم قطع الكف ، أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته ، أو كما لو فعل ذلك اثنان .

فصل

٦٩٥٤

فإن جنى عليها فأشلمها وجبت عليه ديتها لأنه فوت منفعتها ، فلزمته ديتها ، كما لو أعمى عينه مع بقائها أو أخرس لسانه ، وإن جنى على يده فعوتجها أو نقص قوتها أو شانهها فعليه حكومة لفحصها ، وإن كسرهما ثم انجبرت مستقيمة وجبت حكومة لشينها إن شانهها ذلك ، وإن عادت معوجة فالحكومة أكثر لأن شينها أكثر ، وإن قال الجاني أنا أكرسها ثم أجبرها مستقيمة لم يمكن من ذلك لأنها جناية ثانية ، فإن كسرهما تفدياً ثم جبرها فاستقامت لم يسقط ما وجب من الحكومة في اعوجاجها ، لأن ذلك استقر حين انجبرت عوجاء ، وهذه جناية ثانية ، والجبر الثاني لها دون الأولى ، ولا يشبه هذا ما إذا ذهب ضوء عينه ثم عاد ، لأننا تبييناً أن الضوء لم يذهب وإنما حال دونة حائل ، وههنا بخلافه ، وتجب الحكومة في الكسر الثاني لأنها جناية ثانية ، ويحتمل ألا تجب لأنه أزال ضرر العوج منها ، فكان نفعاً ، فأشبهه ما لو جنى عليه بقطع سلعة^(١) أزالها عنه .

فصل

٦٩٥٥

فإن كان له كفان في ذراع أو بدان على عضد وإحداها باطشة دون الأخرى أو إحداها أكثر بطشاً أو في سمت الذراع والأخرى منحرفة عنه ، أو إحداها تامة والأخرى ناقصة ، فالأولى هي الأصلية ، والأخرى زائدة ، ففي الأصلية ديتها ، والقصاص بقطعها عداً ، والأخرى زائدة فيها حكومة ، سواء قطعها مفردة أو قطعها مع الأصلية ، وعلى قول ابن حامد : لا شيء فيها ، لأنها عيب ، فهي كالسلعة في اليد ، وإن استويا من كل الوجوه ، فإن كانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد ، أو حكومة ، ولا تجب دية اليد كاملة ، لأنهما لا نفع له فيهما ، فمسا كاليد الشلاء ، وإن كانتا باطشتين ففيهما جميعاً دية اليد ، وهل تجب حكومة مع ذلك ؟ على وجهين بدءاً على الزائدة هل فيها حكومة أم لا ؟ وإن قطع إحداها فلا قود ، لاحتمال أن تكون هي الزائدة ، فلا تقطع الأصلية بها وفيها نصف ما فيها إذا قطعنا لتساويهما وإن قطع أصبعاً من أحديهما^(٢) وجب أرش نصف أصبع ، وفي الحكومة وجهان ، وإن قطع ذو اليد التي لها طرفان يداً مفردة وجب القصاص فيهما على قول ابن حامد ، لأن هذا نقص لا يمنع القصاص كالسلعة في اليد ، وعلى قول غيره لا يجب ، لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ، ولا تقطع إحداها ، لأننا لانعرف

(١) السلعة : خراج في البدن أو زيادة فيه كالغدة بين الجلد واللحم . (ف)

(٢) في طبعة رشيد ج ٩ ص ٦٢٢ ، والفتى ج ٨ ص ٢٩ : (إحديهما) والصواب (إحداها) كما في الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٧٢ (ف)

الأصلية ففأخذها ، ولا تأخذ زائدة بأصلية ، فأما إن كان له قدمان في رجل واحدة فالحكم على ما ذكرناه في اليدين ، فإن كانت إحدى القدمين أطول من الأخرى وكان الطويل مساوياً للرجل الأخرى فهو الأصلي ، وإن كان زائداً عنها والآخر مساوياً للرجل الأخرى فهو الأصلي ، وإن كان له في كل رجل قدمان يمكنه المشي على الطويلتين مشياً مستقيماً فهما الأصليان ، وإن لم يمكنه قطعاً وأمكته المشي على القصيرتين فهما الأصليان والآخران زائدان ، وإن أشل الطويلتين ففيهما الدية ، لأن الظاهر أنهما الأصليان ، فإن قطعهما قاطع فأمكنه المشي على القصيرتين تبين أنهما الأصليان ، وإن لم يمكنه فالطويلان هما الأصليان .

مسألة

٦٩٥٦

قال : (وفي الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة) .

أما ثدي المرأة ففيهما ديتها ، لأن لم فيه بين أهل العلم خلافاً ، وفي الواحد منهما نصف الدية . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في ثدي المرأة نصف الدية ، وفي الثديين الدية ، وعن حفظنا ذلك عنه الحسن ، والشعبي ، والزهرى ، ومكحول ، وقتادة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي وأصحاب الرأي ، ولأن فيهما جمالا ومنفعة ، فأشبهها اليدين والرجلين ، وفي أحدهما نصف الدية ، لأن كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين ، وفي قطع حلمتي الثديين ديتهم ، نص عليه أحمد رحمه الله ، وروى نحوه هذا الشعبي والنخعي والشافعي ، وقال مالك والثوري : إن ذهب اللبن وجبت ديتهم ، وإلا وجبت حكومة بقدر شيفته ، ونحوه قال قتادة إذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما دية .

ولما : أنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه ، فوجبت ديتهم كالأصابع مع الكف وحشفة الذكر وبينان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما كالأصابع في الكف ، وإن قطع الثديين كلمما فليس فيهما إلا دية كما لو قطع الذكر كله ، وإن حصل مع قطعهما جائفة وجب فيهما ثلث الدية مع ديتهم وإن حصل جائفتان وجبت دية وثلثان ، وإن ضربهما فأشلهما ففيهما الدية كما لو أشل يديه ، وإن جنى عليهما فأذهب لبنهما من غير أن يشلهما ، فقال أصحابنا : فيهما حكومة ، وهذا قول أصحاب الشافعي ، ويحتمل أن تجب ديتهم ، لأنه ذهب بنفعهما فأشبه ما لو أشلهما . وهذا ظاهر قول مالك والثوري وقتادة ، وإن جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها ابن سئل أهل الخبرة ، فإن قالوا : إن الجنابة سبب قطع اللبن فعليه ما على من ذهب باللبن بعد وجوده ، وإن قالوا ينقطع بنير الجنابة لم يجب عليه أرشه ، لأن الأصل براءة ذمته ، فلا يجب فيها شيء بالشك ، وإن جنى عليهما فنقص لبنهما أو جنى على ثديين ناهدين فكسرها أو صار بهما مرض ففيه حكومة لنقصه الذي نقصهما .

٦٩٥٧

فصل

فأما نديا الرجل وما التَّنْدُوتَانِ ففيهما الدية ، وبهذا قال إسحاق . وحكى ذلك قولاً للشافعى ، وقال النخعى ، ومالك ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : فيهما حكومة ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأنه ذهب بالجمال من غير منفعة ، فلم تجب الدية كما لو أتلان العين القائمة واليد الشلا ، وقال الزهرى فى حلة الرجل خمس من الإبل ، وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية .

ولنا : أن ماوجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كاليدى وسائر الأعضاء ، ولأنهما عضوان فى البدن يحصل بهما الجمال ليس فى البدن غيرهما من جنسهما ، فوجب فىهما الدية كاليدى ، ولأنه أذهب الجمال فوجب الدية كالشعور الأربعة عند أبى حنيفة ، وكأذن الأصم وأنف الأخرم عند الجميع ، ويفارق العين القائمة ، لأنه ليس فيها جمال كامل ولأنها عضو قد ذهب منه ماوجب فيه الدية فلم تكمل كاليدى إذا شلتا بخلاف مسألتنا .

٦٩٥٨

مسألة

قال : ﴿ وفى الأليتين الدية ﴾ .

قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون : فى الأليتين الدية . وفى كل واحدة منهما نصفها ، منهم عمرو بن شعيب ، والنخعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، ولأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة ، فإنه يجلس عليهما كالوسادتين ، فوجب فىهما الدية ، وفى إحداها نصفها كاليدى ، والأليتان هما ماعلا وأشرف من الظاهر عن استواء الفخذين ، وفيهما الدية إذا أخذتا إلى المظم تحتها ، وفى ذهاب بعضهما بقدره لأن ماوجب الدية فيه وجب فى بعضه بقدره فإن جهل المقدار وجبت حكومة لأنه نقص لم يعرف قدره .

٦٩٥٩

فصل

وفى الصلب الدية إذا كسر فلم ينجبر ، لما روى فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم : « وفى الصلب الدية » ، وعن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة أن فى الصلب الدية ، وهذا ينصرف إلى سنة النبى صلى الله عليه وسلم . ومن قال بذلك زيد بن ثابت ، وعطاء ، والحسن ، والزهرى ، ومالك ، وقال القاضى ، وأصحاب الشافعى : ليس فى كسر الصلب دية ، إلا أن يذهب مشيه أو جماعه ، فتجب الدية لتلك المنفعة ، لأنه عضو لم تذهب منفعته ، فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء .

ولنا : الخبر ، ولأنه عضو ليس فى البدن مثله فيه جمال ومنفعة ، فوجب الدية فيه بمفرده كالأنف ، وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية فى قول الجميع ، ولا يجب أكثر من دية لأنها منفعة تلزم كسر

الصلب غالباً فأشبهه ما لو قطع رجله ، وإن لم يذهب مشيه لكن ذهب جماعه ففيه الدية أيضاً . روى ذلك على رضى الله عنه ، لأنه نفع مقصود فأشبهه ذهاب مشيه ، وإن ذهب جماعه ومشيه وجبت ديتان في ظاهر كلام أحمد رحمه الله في رواية ابنه عبد الله ، لأنهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما مفردة ، فإذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر ، وعن أحمد : فيهما دية واحدة ، لأنهما نفع عضو واحد ، فلم يجب فيها أكثر من دية واحدة ، كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ، وإن جبر صلبه فعادت لأحدى المنفعتين دون الأخرى لم يجب إلا دية ، إلا أن تنقص الأخرى فتجب حكومة لنقصها ، أو تنقص من جهة أخرى فيكون فيه حكومة لذلك ، وإن ادعى ذهاب جماعه وقال رجلان من أهل الخبرة : إن مثل هذه الجنابة يذهب بالجماع فالقول قول المجنى عليه مع يمينه ، لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام أحمد وجوب ديتين ، لكسر الصلب واحدة ، لكسر وللذكر أخرى ، وفي قول القاضي ، ومذهب الشافعي ، يجب في الذكر دية ، وحكومة لكسر الصلب وإن أشل رجله ففيهما دية أيضاً ، وإن أذهب مائه دون جماعه احتمل وجوب الدية ، وهذا يروى عن مجاهد . قال بعض أصحاب الشافعي : هو الذي يقتضيه مذهب الشافعي ، لأنه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أنثيه أو رخصهما^(١) ، ويحتمل أن لا تجب الدية كاملة لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها .

مسألة

٦٩٦٠

قال : ﴿ وفي الذكر الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن في الذكر الدية ، وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم : ﴿ وفي الذكر الدية ﴾ ولأنه عضو واحد فيه الجمال والمنفعة ، فكلمت فيه الدية كالأنف واللسان ، وفي شلله ديته لأنه ذهب بنفعه ، أشبه ما لو أشل لسانه ، وتجب الدية في ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب ، سواء سواء قدر على الجماع أو لم يقدر . فأما ذكر العيين فأكثر أهل العلم على وجوب الدية ، لمعوم الحديث ولأنه غير مأیوس من جماعه ، وهو عضو سليم في نفسه فكلمت ديته كذكر الشيخ . وذكر القاضي فيه عن أحمد روايتين :

أحدهما : تجب فيه الدية لذلك . والثانية : لا تسكل ديته وهو مذهب قتادة لأن منفعته الإزال والإحبال والجماع ، وقد عدم ذلك منه في حال الكمال ، فلم تسكل ديته كالأشل ، وبهذا فارق ذكر الصبي والشيخ .

(١) رخصهما : دفعهما وجرحهما .

واختلفت الرواية في ذكر الخصى ، فعنه فيه دية كاملة ، وهو قول سعيد بن عبد العزيز ، والشافعي ، وابن المنذر ، للخبر ، ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه . والثانية . لا تجب فيه ، وهو قول مالك ، والثوري وأصحاب الرأي ، وقنادة ، وإسحاق ، لما ذكر في العنين ، ولأن المقصود منه تحصيل النسل ، ولا يوجد ذلك منه فلم يكمل دية كالأشل ، والجماع يذهب في الغالب ، بدليل أن البهائم يذهب جماعها بخصائسها ، والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصى ، أن الجماع في ذكر العنين أبعد منه في ذكر الخصى ، واليأس من الإنزال متحقق في ذكر الخصى دون ذكر العنين ، فلي قولنا لا تكمل الدية في ذكر الخصى إن قطع الذكر والأنثيين دفعة واحدة ، أو قطع الذكر ثم قطع الذكر لم يلزمه إلا دية واحدة في الأنثيين ، وفي الذكر حكومة لأنه ذكر خصى . قال القاضي ، ونص أحمد على هذا ، وإن قطع نصف الذكر بالطول ففيه نصف الدية ، وذكره أصحابنا . والأولى : أن تجب الدية كاملة ، لأنه ذهب بمنفعة الجماع به فكملت دينه ، كما لو أشله أو كسر صلبه ، فذهب جماعه . وإن قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ما كان عليه وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية ، وإن خرج البول من موضع القطع وجب الأكثر من حصة القطعة من الدية ، أو الحكومة ، وإن ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب فيه حكومة لذلك .

مسألة

٦٩٦١

قال : ﴿ وفي الأنثيين الدية ﴾ .

لأنهم في هذا خلافاً ، وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن جزم : « في البيضتين الدية » ولأن فيهما الجمال والمنفعة ، فإن النسل يكون بهما فكانت فيهما الدية . وروى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة أن في الصلب الدية ، وفي الأنثيين الدية ، وفي إحداهما نصف الدية ، في قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن سعيد بن المسيب أن في اليسرى ثلثي الدية ، وفي اليمنى ثلثها ، لأن نفع اليسرى أكثر ، لأن النسل يكون بها .

ولنا أن ما وجبت الدية في شيئين منه وجب في أحدهما نصفها كاليدين وسائر الأعضاء ، ولأنهما ذوا عدد تجب فيه الدية ، فاستوت ديتهما كالأصابع ، وما ذكره ينتقض بالأصابع والأجنان [فإنها] تستوى دياتهما مع اختلاف نفعهما ، ثم يحتاج إلى إثبات ذلك الذي ذكره ، وأن رضاً أنثيه أو أشلمها كملت دينهما ، كما لو أشل يديه أو ذكره ، فإن قطع أنثيه فذهب نسله لم يجب أكثر من دية ، لأن ذلك نفعهما ، فلم تزد الدية بذهابه معهما كالبصر مع ذهاب العينين ، والبطش مع ذهاب الرجلين ، وإن قطع إحداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية لأن ذهابه غير متحقق .

٦٩٦٢

مسألة

قال : ﴿ وفي الرجلين الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن في الرجلين الدية ، وفي إحداهما نصفها ، روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وبه قال قتادة ، ومالك ، وأهل المدينة ، والنوري ، وأهل العراق ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقد ذكرنا الحديث والمعنى فيما تقدم ، وفي تفصيلها مثل ما ذكرنا من التفصيل في اليدين سواء ، ومفصل الأكميين همنا مثل مفصل الكرويين في اليدين .

٦٩٦٣

فصل

وفي قدم الأعرج ويد الأعسم^(١) الدية ، لأن العرج لمعنى في غير القدم والعسم الاوجاج في الرسغ وليس ذلك عيباً في قدم ولا كف فلم يمنع ذلك كمال الدية فيهما ، وذكر أبو بكر أن في كل واحدة منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح لأن هذين لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء .

٦٩٦٤

مسألة

قال : ﴿ وفي كل أصبع من اليدين والرجلين عشر من الإل وفي كل أملة منها ثلث عقلها إلا الإبهام فإنها مفصلان في كل مفصل منها خمس من الإيل ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم منهم عمر ، وعلى ، وابن عباس . وبه قال مسروق ، وعروة ، ومكحول ، والشمسي ، وعبد الله بن معقل ، والنوري ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وأصحاب الحديث ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا رواية عن عمر أنه قضى في الإبهام بثلاث غرة ، وفي التي تليها باثنتي عشرة ، وفي الوسطى بمشر ، وفي التي تليها بقسع ، وفي الخنصر بست . وروى عنه أنه لما أخبر بكتاب كتبه النبي صلى الله عليه وسلم لآل حزم : « وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإيل » أخذ به وترك قوله الأول . وعن مجاهد في الإبهام خمس عشرة ، وفي التي تليها ثلاث عشرة ، وفي التي تليها عشر ، وفي التي تليها ثمان ، وفي التي تليها سبع .

ولنا : ما روى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الإيل ، لكل أصبع » أخرجه الترمذي ، وقال : حديث صحيح ، رواه أبو داود عن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هذه وهذه »

(١) في ١٨ : الأعسر . الأعسم : من اعوجج يده بسبب يدين مفصل الرسغ (ف)

سواء « ، بمعنى الإبهام والخنصر ، أخرجه ^(١) البخارى ، وأبو داود . وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمر و ابن حزم : « وفى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل » ، ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية ، فكان سواء فى الدية كالأسنان . والأجفان ، وسائر الأعضاء ، ودية كل أصبع مقسومة على أناملها ، وفى كل أصبع ثلاث أنامل إلا الإبهام ، فإنها أناملتان ، فى كل أنملة من غير الإبهام ثلث عقل الإبهام ، ثلاثة أبرة وثلاث ، وفى كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل ، نصف ديتها . وحكى عن مالك أنه قال : الإبهام أيضاً ثلاث أنامل . إحداهما : باطنة ، وليس هذا بصحيح فإن الاعتبار بالظاهر فإن قوله عليه السلام « فى كل أصبع عشر من الإبل » يقتضى وجوب العشر فى الظاهر لأنها هى الأصبع التى يقع عليها الاسم دون ما بطن منها كما أن السن التى يتعلق بها وجوب ديتها هى الظاهرة من لحم اللثة دون سنخها والحكم فى أصابع اليدين والرجلين سواء اعموم الخبر فيهما وحصول الاتفاق عليهما .

فصل

٦٩٦٥

وفى الأصبع الزائدة حكومة . وبذلك قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وعن زيد بن ثابت أن فيها ثلث دية الأصبع ، وذكر القاضى أنه قياس المذهب على رواية إيجاب الثلث فى اليد الشلاء ، والأول أصح ، لأن التقدير لا بصار إليه إلا بالتوقيف أو بماثلته لما فيه توقيف ، وليس ذلك ههنا ، لأن اليد للشلاء يحصل بها الجمال ، والأصبع الزائدة تختلف باختلاف محالها وصفتها ، وحسنها وقبحها ، فكيف يصح قياسها على اليد ؟ .

مسألة

٦٩٦٦

قال : « وفى البطن إذا ضرب فلم يستمسك الفائط الدية ، وفى المثانة إذا لم يستمسك البول الدية » . وبهذا قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ، ولم أعلم فيه مخالفاً ، إلا أن ابن أبى موسى ذكر فى المثانة رواية أخرى ، فيها ثلث الدية ، والصحيح الأول ، لأن كل واحد من هذين الحليين عضو فيه منفعة كبيرة ، ليس [فى] البدن مثله ، فوجب فى تفويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء المذكورة ، فإن نفع المثانة حبس البول ، وحبس البطن الفائط ^(٢) منفعة مثلها ، والنفع ههنا كثير ، والضرر بفتوها عظيم ، فكان فى كل واحدة منهما الدية كالسمع والبصر . وإن فاتت المنفعتان بمغاية واحدة وجب على الجانى ديتان ، كما لو ذهب سمعه وبصره بمغاية واحدة .

(١) أنظر صحيح البخارى ج ٩ ص ١٠ وسنن أبى داود ج ٢ ص ٤٩٤ (ف)

(٢) فى ١٨ : للفائط :

مسألة

٦٩٦٧

قال : (وفي ذهاب العقل الدية) .

لأن لم في هذا خلافاً ، وقد روى عن عمر وزيد رضي الله عنهما ، وإليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم : « وفي العقل الدية » ولأنه أكبر للمعاني قدراً ، وأعظم الحواس نفعاً ، فإن به يتميز من البهيمة ، ويعرف به حقائق المعلومات ، ويهتدى إلى مصالحه ، ويتقن ما بصره ، ويدخل به في التكليف ، وهو شرط في ثبوت الولايات ، وصحة التصرفات ، وأداء العبادات ، فكان بإيجاب الدية أحق من بقية الحواس ، فإن نقص عقله نقصاً معلوماً مثل أن صار يحسن يوماً ويفيق يوماً فعليه من الدية بقدر ذلك ، لأن ما وجب فيه الدية وجب بعضها في بعضه بقدره كالأصابع وإن لم يعلم مثل أن صار مدهوشاً أو يفزع مملاً يفزع منه ، ويستوحش إذ خلا ، فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة .

فصل

٦٩٦٨

فإن أذهب عقله بجناية لا توجب أرشاً كاللطمه والتخويف ونحو ذلك ففيه الدية لا غير . وإن أذهبه بجناية توجب أرشاً كالجراح أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح ، وبهذا قال مالك والشافعي في الجديد ، وقال أبو حنيفة والشافعي . في تقديم يدخل الأقل منهما في الأكثر ، فإن كانت الدية أكثر من أرش الجرح وجبت وحدها ، وإن كان أرش الجرح أكثر كان قطع يديه ورجليه فذهب عقله وجبت دية الجرح ، ودخلت دية العقل فيه ، لأن ذهاب العقل تخیل منه منافع الأعضاء ، فدخل أرشها فيه كالموت .

ولنا : أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس ، فلم يتداخل الأرشان كالأذن أو بصره فذهب بصره أو سمعه ، ولأنه لو جنى على أذنه أو أنفه ، فذهب سمعه أو شمّه لم يدخل أرشهما في دية الأنف والأذن ، مع قربهما منهما ، فهنا أولى ، وما ذكروه لا يصح ، لأنه لو دخل أرش الجرح في دية العقل لم يجب أرشه إذا زاد على دية العقل ، كما أن دية الأعضاء كلها مع القتل لا يجب بها أكثر من دية النفس ولا يصح قولهم : إن منافع الأعضاء تبطل بذهاب العقل ، فإن المجنون تضمن منفعته وأعضاؤه بمد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه ، ولو ذهبت منفعته وأعضاؤه لم تضمن كالأذن تضمن منافع البيت وأعضاؤه ، وإذا جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية جاز ضمانها مع الجناية عليه كالأذن جنى عليه ، فأذهب سمعه وبصره بمجراحة في غير محلها .

٦٩٦٩

فصل

فإن جنى عليه فأذهب عقله وسممه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح . قال أبو قلابة « رمى رجل رجلاً بججر فذهب عقله وبصره وسممه ولسانه ، فقتل في يومه عمر بأربع ديات وهو حي . »
ولأنه أذهب منافع في كل واحدة منها دية فوجب عليه دياتها كالو أذهبها بجنايات ، فإن مات من الجناية لم يجب إلا دية واحدة لأن ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الأعضاء .

٦٩٧٠

مسألة

قال : ﴿ وفي الصعر الدية ، والصعر أن يضربه فيصير وجهه في جانب ﴾ .
أصل الصعر : داء يأخذ البعير في عنقه ، فيلتوى عنقه ، وقول الله تعالى : (وَلَا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ)^(١) أي لا تعرض عنهم بوجهك تكبراً ، كإمالة وجه البعير الذي به الصعر ، فمن جنى على إنسان جناية ففوج عنقه حتى صار وجهه في جانب فمليه دية كاملة . روى ذلك عن زيد بن ثابت ، وقال الشافعي ليس فيه إلا حكومة ، لأنه إذهب جمال من غير منفعة .

ولما : ما روى مكحول عن زيد بن ثابت ، أنه قال : وفي الصعر الدية ، ولم يعرف له في الصحابة مخالف ، فكان إجماعاً ، ولأنه أذهب الجمال والمنفعة ، فوجب فيه دية كاملة كسائر المنافع ، وقولم لم يذهب بمنفعته غير صحيح ، فإنه لا يقدر على النظر أمامه واتقاء ما يحذره إذا مشى ، وإذا نابه أسروا دمه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لئى عنقه ليعرف ما يريد نظره ، ويعترف ما ينفعه وبصره .

٦٩٧١

فصل

فإن جنى عليه فصار الاتفات عليه شقاقاً أو ابتلاع الماء أو غيره ففيه حكومة ، لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها ، ولا يمكن تقديرها ، وإن صار بحيث لا يمكنه ازدراد ريقه ، فهذا لا يكاد يبقى ، فإن بقي مع ذلك ففيه الدية ، لأنه تفويت منفعة ليس لها مثل في البدن .

٦٩٧٢

مسألة

قال : ﴿ وفي اليد الشلاء ثلث ديتها ، وكذلك العين القائمة والسن السوداء ﴾ .
اليد الشلاء التي ذهب منها منفعة البطش ، والعين القائمة التي ذهب بصرها وصورتها باقية ، كصورة الصبيحة ، واختلفت الرواية عن أحمد فيهما وفي السن السوداء فمنه في كل واحدة ثلث ديتها ، وروى هذا عن ابن الخطاب ، ومجاهد ، وبه قال إسحاق ، وعن زيد بن ثابت في العين القائمة مائة دينار .
والرواية الثالثة عن أحمد في كل واحدة حكومة ، وهذا قول مسروق ، والزهرى ، ومالك ، والشافعي

وأبي نور ، والنعمان^(١) ، وابن المغذر ، لأنه لا يمكن إيجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ، ولا مقدر فيها فتجب الحكومة فيها كاليد الزائدة .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العين القائمة السادة لمكانها بثلاث الدية ، وفي اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها ، وفي السن السوداء إذا قطعت ثلث ديتها » . رواه النسائي وأخرجه أبو داود في العين وحدها مختصراً ، وقول عمر رضى الله عنه رواه قتادة عن خلاص عن عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس : « أن عمر بن الخطاب قضى في العين القائمة إذا خسفت ، واليد للشلاء إذا قطعت ، والسن السوداء إذا كسرت ثلث دية ، كل واحدة منهن » ، ولأنها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحة ، وقولهم لا يمكن إيجاب مقدر ممنوع فإننا قد ذكرنا التقدير ويبيده .

فصل

٦٩٧٣

قال القاضي قول أحمد رحمه الله في السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها ، بحيث لا يمكنه أن يعض بها الأشياء ، أو كانت تفتت^(٢) ، فأما إن كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها إلا لونها ففيها كال ديتها ، سواء قات منفعتها بأن عجز عن عض الأشياء الصلبة بها أو لم يعجز لأنها باقية المنفعة فكملت ديتها كسائر الأعضاء ، وليس على من سودها إلا حكومة ، وهذا مذهب الشافعي ، والصحيح من مذهب أحمد ما يوافق ظاهر كلامه لظاهر الأخبار ، وقضاء عمر ابن الخطاب رضى الله عنه ، وقول أكثر أهل العلم ، ولأنه ذهب جمالها بتسويدها فكملت ديتها على من سودها كما لو سود وجهه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاء وكالسن إذا كانت بيضاء فانقطعت ونبت مكانها سوداء لمرض فيها فإن القاضي وأصحاب الشافعي سلموا أنها لا تكمل ديتها .

فصل

٦٩٧٤

فإن نبتت أسنان صبي سوداء ، ثم نقر ، ثم عادت سوداء ، فديتها تامة ، لأن هذا جنس خلق على هذه الصورة ، فأشبهه من خلق أسود الجسم والوجه جميعاً ، وإن نبتت أولاً بيضاء ، ثم نقر ، ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة ، فإن قالوا : ليس السوداء لعله ولا مرض ففيها أيضاً كال ديتها ، وإن قالوا : ذلك لمرض فيها فعلى قائمها ثلث ديتها ، أو حكومة ، وقد سلم القاضي وأصحاب الشافعي الحكم في هذه الصورة وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه ، ويحتمل أن يسكون الحكم فيما كانت سوداء من ابتداء

(١) في ٣٩ : وأبي حنيفة .

(٢) في ١٨ : تفتت وفي ٣٩ : تفتت .

الخلقة هكذا لأن المرض قد يكون في فيه من ابتداء خلقته فيثبت حكمه في بعض ديتها كما لو كان طارئاً .

٦٩٧٥

فصل

وفي لسان الأخرس روايتان أيضاً كالروايتين في اليد الشلاء ، وكذلك كل عضو ذهب منفعته ، وبقيت صورته ، كالرجل الشلاء والأصبع والذكر إذا كان أشلاً^(١) ، وذكر الخصى والعنبر إذا قلنا : لا تكمل ديتهما ، وأشباه هذا ، فكله يخرج على الروايتين . إحداهما : فيه ثلث ديتيه والأخرى : حكمومة .

٦٩٧٦

فصل

فأما اليد أو الرجل أو الأصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حكمومة ، وقال القاضي : هذا في معنى اليد الشلاء فتكون على قياسها ، يخرج على الروايتين ، والذي ذكرناه أصح ، لأنه لا تقدير في هذا ، ولا هو في معنى المقدر ، ولا يصح قياس هذا على المعضو الذي ذهب منفعته وبقي جماله ، لأن هذه الزوائد لا جمال فيها ، إنما هي شين في الخلقة ، وعيب يرد به المبيع ، وتنقص به القيمة ، فكيف يصح قياسه على ما يحصل به الجمال ؟ ثم لو حصل به جمال ما لكانه يخالف جمال المعضو الذي يحصل به تمام الخلقة ويختلف في نفسه اختلافاً كثيراً فوجب فيه الحكمومة ويحتمل أن لا يجب فيه شيء لما ذكرناه .

٦٩٧٧

فصل

واختلفت الرواية في قطع الذكر بعد حشفته وقطع الكف بعد أصابعه ، فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث ديتيه ، وكذلك شعمة الأذن ، وعن أحمد في ذلك كله حكمومة ، والصحيح في هذا أن فيه حكمومة لعدم التقدير فيه ، وامتناع قياسه على ما فيه تقدير ، لأن الأشل بقيت صورته ، وهذا لم يبق صورته ، إنما بقي بعض ما فيه اليد ، أو أصل ما فيه اليد ، فأما قطع الذراع بعد قطع الكف والساق بعد قطع القدم فينبغي أن نجب الحكمومة فيه وجهاً واحداً لأن إيجاب ثلث دية اليد فيه يفضي إلى أن يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحداً مع تفاوتهما وعدم النص فيهما والله أعلم .

(١) هكذا في طبعة رشيد ج ٩ ص ٦٢٨ وطبعة الفق ج ٨ ص ٤١ وفي الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٨٨ ، وكذلك كل عضو ذهب منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء ، والإصبع والذكر إذا شلا ، ومن ذلك يتبين أن الصواب د والإصبع والذكر إذا شلا ، أو إذا كانا أشلين ، بتثنية أشل ونصبه ، ولا يجوز (أشلا) لأنه أنواع من الصرف . (ف)

٦٩٧٨

مسألة

قال : ﴿ وفي إسكتي المرأة الدية ﴾^(١).

الإسكتان : هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالقم ، وأهل اللغة يقولون : الشفران : حاشيتا الإسكتين ، كما أن أشفار العين أهدابها فيهما دية المرأة إذا قطعتا ، وبهذا قال الشافعي ، وقاله الثوري إذا لم يقدر على جماعها ، وقضى به محمد بن سفيان إذا بلغ العظم ، لأن فيهما جمالا ومفنة ، وليس في البدن غيرها من جنسهما فوجبت فيهما الدية كسائر ما فيه منه شيئان ، وفي إحداهما نصف الدية . كما ذكرنا في غيرها ، وإن جنى عليهما فأشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفتيه فأشلهما ، ولا فرق بين كونهما غايظتين أو دقيقتين ، قصيرتين أو طويلتين ، من بكر أو ثيب أو صغيرة أو كبيرة ، مخفوضة أو غير مخفوضة ، لأنهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيهما جميع ما ذكرنا كسائر أعضائها ولا فرق بين الرتقاء وغيرها ، لأن الرتق عيب في غيرها فلم ينقص ديتهما كما أن الصمم لم ينقص دية الأذنين والخفص هو الختان في حق المرأة .

٦٩٧٩

فصل

وفي ركب المرأة حكومة ، وهو عانة المرأة وكذلك في عانة الرجل لأنه لا قدر فيه ، ولا هو نظير لما قدر فيه ، فإن أخذ منه شيء مع فرج المرأة أو ذكر الرجل ففيه الحكومة مع الدية كما لو أخذ مع الأنف والشفتين شيء من اللحم الذي حولها .

٦٩٨٠

مسألة

قال : ﴿ وفي موضحة الحر خمس من الإبل سواء كان من رجل أو امرأة والموضحة في الرأس والوجه سواء وهو التي تبرز العظم ﴾^(٢) .

هذه من شجاج الرأس أو الوجه ، وليس في الشجاج ما فيه قصاص سواها ، ولا يجب المقدر في أقل منها ، وهي التي تصل إلى العظام ، سميت موضحة لأنها أبدت وضح العظم وهو بياضه . وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر ، قاله ابن المنذر ، وكتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم : « وفي الموضحة خمس من الإبل » . رواه أبو داود والنسائي والترمذي ، وقال : حديث حسن ، وقول الخرق :

(١) بكسر الهمزة وفتحها . (ف)

(٢) في طبعة رشيد ج ٩ ص ٦٤٠ والفقهي ج ٨ ص ٤٢ « وهو التي تبرز العظم ، وينبغي أن يقول « وهي التي تبرز العظم ، بضمير المؤنث . (ف)

فى موضحة الحر يحرز به من موضحة العبد ، وقوله : سواء كان من رجل أو امرأة يعنى أنهما لا يختلفان فى أرش الموضحة ، لأنها دون ثلث الدية ، وهما يستويان فيما دون الثلث ، ويختلفان فيما زاد ، وعند الشافعى : أن موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل بقاء على أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل فى الكثير والقليل وسف ذكر ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى . وعموم الحديث الذى رويناه ههنا حجة عليه وفيه كفاية ، وأكثر أهل العلم على أن الموضحة فى الرأس والوجه سواء ، روى ذلك عن أبى بكر ، وعمر ، رضى الله عنهما ، وبه قال شريح ، ومكحول ، والشعبي ، والنخعي ، والزهري ، وربيعه ، وعبيد الله بن الحسن ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، وإسحاق . وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال : تضاف موضحة الوجه على موضحة الرأس ، فيجب فى موضحة الوجه عشر من الإبل . لأن شينها أكثر ، وذكره القاضى رواية عن أحمد ، وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة ، وقال مالك : إذا كانت فى الأنف أو فى اللحية الأسفل ففيها حكومة ، لأنها تبعد عن الدماغ ، فأشبهت موضحة سائر البدن .

وانما عموم الأحاديث وقول أبى بكر وعمر رضى الله عنهما الموضحة فى الرأس والوجه سواء ، ولأنها موضحة ، فكان أرشها خمسا من الإبل كغيرها مما سلموه ، ولا عبرة بكثرة الشين ، بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة ، وما ذكروه لما لا يصح ، فإن الموضحة فى الصدر أكثر ضرراً ، وأقرب إلى القلب ، ولا مقدر فيها ، وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال : موضحة الوجه أخرى أن يراد فى ديتها ، وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر ، والله أعلم ، إنما معناه أنها أولى بإحجاب الدية ، فإنه إذا وجب فى موضحة الرأس مع قلة شينها واستقرارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الإبل ، فلا بد أن يجب ذلك فى الوجه الظاهر الذى هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى ، وحمل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على ما يخالف الخبر والأثر وقول أكثر أهل العلم ، ومصيره إلى التقدير بغير توقيف ولا قياس صحيح .

فصل

٦٩٨١

ويجب أرش الموضحة فى الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر لأن اسم الموضحة يشمل الجميع ، وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر إبرة ذكره ابن القاسم والقاضى فإن شجحه فى رأسه شجة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة فلأن لا يلزمه فى الإيضاح فى البعض أكثر من ذلك أولى ، وهكذا لو شجحه بعضها هاتمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من أرش هاتمة وإن كانت مثقلة وما دونها أو مأمومة وما دونها فيعليه أرش مثقلة أو مأمومة لما ذكرناه .

٦٩٨٢

فصل

وليس في موضحة غير الرأس والوجه مقدر في قول أكثر أهل العلم منهم إمامنا ومالك والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر ، قال ابن عبد البر : ولا يكون في البدن موضحة يعني ليس فيها مقدر . قال وعلى ذلك جماعة العلماء إلا الليث بن سعد قال في الموضحة تكون في الجسد أيضاً ، وقال الأوزاعي في جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس وحكي نحو ذلك عن عطاء الخراساني قال في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً .

ولنا : أن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس ، وقول الخليفةين الراشدين الموضحة في الوجه والرأس سواء يدل أن باقي الجسد بخلافه ، ولأن الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن فلا يلحق به ثم إيجاب ذلك في سائر البدن يفضي إلى أن يجب في موضحة العضو أكثر من دية مثل أن يوضح أتملة ديتها ثلاثة وثلاث ودية الموضحة خمس وأما قول الأوزاعي وعطاء الخراساني فتحكم لأنص فيه ولا قياس يقتضيه فيجب اطراحه .

٦٩٨٣

فصل

وإن أوضعه في رأسه وجر السكين إلى قفاه فعليه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا لأن القفا ليس بموقع للموضحة وإن أوضعه في رأسه ومدّها إلى وجهه فعلى وجهين : أحدهما : أنها موضحة واحدة لأن الوجه والرأس سواء في الموضحة فصارت كالعضو الواحد . والثاني : هما موضعتان لأنه أوضعه في عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كالأوضحة في رأسه ونزل إلى القفا .

٦٩٨٤

فصل

وإن أوضعه في رأسه موضعتين بينهما حاجز فعليه أرش موضعتين لأنهما موضعتان فإن أزال الحاجز الذي بينهما وجب أرش موضحة واحدة لأنه صار الجميع بفعله موضحة فصارت كالواحدة الكسرة من غير حاجز يبق بينهما ، وإن اندمقتا ثم أزال الحاجز بينهما فعليه أرش ثلاث مواضع ، لأنه استقر عليه أرش الأولين بالاندمال ، ثم لزمته دية الثالثة ، وإن تأكل ما بينهما قبل اندمالها فزال لم يلزمه أكثر من أرش واحدة ، لأن سرية فعله كفعله ، وإن اندمقت إحداها وزال الحاجز بفعله أو سرية الأخرى فعليه أرش موضعتين ، وإن أزال الحاجز أجنبي فعلى الأول أرش موضعتين ، وعلى الثاني أرش موضحة ، لأن فعل أحدهما لا ينهي على فعل الآخر ، فانفرد كل واحد منهما بحكم جفايته ، وإن أزاله بالجمعي عليه وجب على الأول أرش موضعتين ، لأن ما روي بجفايته لا يسقط بفعل غيره ، فإن اختلما

فقال الجاني : أنا شققت ما بينهما ، وقال المجنى عليه : بل أنا ، أو أزالها آخر سواك فالقول قول المجنى عليه ، لأن سبب أرش موضعتين قد وجد ، والجاني يدعى زواله ، والمجنى عليه ينكره ، والقول قول قول المنكر ، والأصل معه ، وإن أوضح موضعتين ثم قطع اللحم الذي بينهما في الباطن وترك الجلد الذي فوقهما ففيها وجهان :

أحدهما : يلزمه أرش موضعتين لانفصالهما في الظاهر .

والثاني : أرش موضعة لاتصالهما في الباطن ، وإن جرحه جراحاً واحدة وأوضعه في طرفيها وباقبها دون الموضعة ففيه أرش موضعتين لأن ما بينهما ليس بموضعة .

مسألة

٦٩٨٥

قال : ﴿ وفي الهاشمة عشر من الإبل ، وهي التي توضح العظم وتهشمه ﴾ .

الهاشمة : هي التي تتجاوز الموضعة ، فهشم العظم ، سميت هاشمة لهشمها العظم ، ولم يباغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها تقدير ، وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن أرشها مقدر بعشر من الإبل ، روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت ، وبه قال قتادة ، والشافعي ، والمزني ، ونحوه قال الثوري ، وأصحاب الرأي ، إلا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم ، وذلك على قولهم ألف درهم وكان الحسن لا يوقت فيها شيئاً ، وحكى عن مالك أنه قال لأعراف الهاشمة^(١) سكن في الإيضاح خمس وفي الهشم حكومة قال ابن المنذر للفظ يدل على قول الحسن إذ لاسنة فيها ولا إجماع ، ولأنه لم ينقل فيها عن النبي صلى الله عليه وسلم تقدير فوجب فيها الحكومة كما دون الموضعة .

ولنا : قول زيد ، ومثل ذلك الظاهر أنه توقيف ، ولأنه لم نعرف له مخالفاً في عصره فكان إجماعاً ولأنها شعبة فوق الموضعة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة :

فصل

٦٩٨٦

والهاشمة في الرأس والوجه خاصة ، على ما ذكرنا في الموضعة ، وإن هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الإبل على ما ذكرنا في الموضعة من التفصيل ، ونستوى الهاشمة الصغيرة والكبيرة ، وإن شعبة شعبة موضعة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها مقلاحة وجب أرش الهاشمة لأنه لو كان جميعها هاشمة أجزأ أرشها ولو انفرد القدر المشوم وجب أرشها فلا ينقص ذلك بما إذا زاد من الأرش في غيرها ، وإن ضرب رأسه فهشم العظم ولم يوضحه لم تجب دية الهاشمة بغير خلاف لأن الأرش المقدر وجب في هاشمة يكون معها موضعة وفي الواجب وجهان :

(١) في ١٨ : في الموضعة .

أحدهما : خمس من الإبل لأنه لو أوضح وكسر لوجبت عشر : خمس في الإيضاح ، وخمس في الكسر فإذا وجد الكسر دون الإيضاح وجب خمس .

والثاني : تجب حكومة لأنه كسر عظم لا جرح معه فأشبهه كسر قصبة الأنف .

فصل

٦٩٨٧

فإن أوضحه موضعتين هشم العظم في كل واحدة منهما واتصل الهشيم في الباطن فهما هاشمتان ، لأن الهشيم إنما يكون تبعاً للإيضاح ، فإذا كانتا موضعتين كان الهشيم هاشمتين بخلاف الموضحة فإنها ليست تبعاً لغيرها فافترقا .

مسألة

٦٩٨٨

قال ﴿ وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل وهي التي توضح وتهشم وتسطو حتى تنقل عظامها ﴾ .
المنقلة : زائدة على الهاشمة ، وهي التي تسكر العظام وتزيلها عن مواضعها ، فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم ، وفيها خمس عشرة من الإبل بإجماع من أهل العلم ، حكاه ابن المنذر ، وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم عمرو بن حزم . « وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل » وفي تفصيلها مافي تفصيل الموضحة والهاشمة على ما مضى .

مسألة

٦٩٨٩

قال ﴿ وفي المأمومة ثلث الدية وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ وفي الآمة مثل مافي المأمومة ﴾ .
المأمومة والآمة شيء واحد ، قال ابن عبيد البر أهل العراق يقولون لها : الآمة ، وأهل الحجاز : المأمومة ، وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ ، سميت أم الدماغ ، لأنها تحوطه وتجمعه ، فإذا وصلت الجراحة إليها سميت آمة ومأمومة . يقال : أم الرجل آمة ومأمومة ، وأرشها ثلث الدية في قول عامة أهل العلم ، إلا مكحولاً فإنه قال : إن كانت عمداً ففيها ثلثا الدية ، وإن كانت خطأ ففيها ثلثها .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم : « وفي المأمومة ثلث الدية » . وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، وروى نحوه عن علي ولأنها شجة فلم يختلف أرشها بالعمد والخطأ في المقدار كسائر الشجاج .

فصل

٦٩٩٠

وإن خرق جلدة الدماغ فهي الدامغة ، وفيها مافي المأمومة ، قال القاضي : لم يذكر أصحابنا الدامغة

لساوتها المأمومة في أرشها ، وقيل : فيها مع ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ ، ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب .

فصل

٦٩٩١

فإن أوضعه رجل ثم هشمه الثاني ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الأول أرش موضحة ، وعلى الثاني خمس ، تمام أرش الهاشمة ، وعلى الثالث خمس تمام أرش المنقلة ، وعلى الرابع ثمانية عشر وثلاث تمام أرش المأمومة .

مسألة

٦٩٩٢

قال : ﴿ وفي الجائفة ثلث الدية ، وهي التي تصل إلى الجوف ﴾ . وهذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة ، وأهل الكوفة ، وأهل الحديث وأصحاب الرأي إلا مكحولاً قال فيها : في العمد ثلثا الدية .

ولنا : قول للنبي صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم « وفي الجائفة ثلث الدية » وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، ولأنها جراحة فيها مقدر فلم يختلف قدر أرشها بالعمد والخطأ كالوضحة ولا نعلم في جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدرًا غير الجائفة ، والجائفة ما وصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثقرة نحر أو ورك أو غيره . وذكر ابن عبد البر أن مالكا وأبا حنيفة والشافعي والبتي وأصحابهم انفقوا على أن الجائفة لا تكون إلا في الجوف . قال ابن القاسم : الجائفة ما أفضى إلى الجوف ولو بغير إبرة ، فأما إن خرق شدقه فوصل إلى باطن الفم فليس بجائفة ، لأن داخل الفم حكمه حكم الظاهر ، لاحكم الباطن . وإن طعن في وجنته فكسر العظم ووصل إلى فيه فليس بجائفة لما ذكرنا .

وقال للشافعي في أحد قوليّه : هو جائفة ، لأنه قد وصل إلى جوف ، وهذا ينقض بما إذا خرق شدقه ، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمة ، لكسر العظم ، وفيما زاد حكومة ، وإن جرحه في أنفه فأنفذه فهو كما لو جرحه في وجنته فأنفذه إلى فيه في الحكم والخلاف ، وإن جرحه في ذكره فوصل إلى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة لأنه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول إليه بخلاف غيره .

فصل

٦٩٩٣

وإن أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية ، وإن خرق الجاني ما بينهما أو ذهب بالسراية صار جائفة واحدة فيها ثلث الدية لا غير ، وإن خرق ما بينهما أجنبي أو أجنبي عليه فعلى الأول ثلثا الدية ، وعلى

الأجنبي الثاني ثلثها ، ويستقط ماقابل فعل الجنى عليه ، وإن احتاج إلى خرق ما بينهما للمداواة فخرقها الجنى عليه أو غيره بأمره أو خرقها ولى الجنى عليه لذلك ، أو للطبيب بأمره ، فلا شيء في خرق الحاجز وعلى الأول ثلثا الدية ، وإن أجافه رجل فوسمها آخر فعلى كل واحد منهما أرش جائفة ، لأن فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة ، فلا يستقط حكمه بانضمامه إلى فعل غيره ، لأن فعل الإنسان لا يبنى على فعل غيره ، وإن وسمها الطبيب بإذنه أو بإذن وليه لمصلحة فلا شيء عليه ، وإن وسمها جان آخر في الظاهر دون الباطن أو في الباطن دون الظاهر فعليه حكومة ، لأن جنايته لم تبلغ الجائفة ، وإن أدخل السكين في الجائفة ثم أخرجها عزر ، ولا أرش عليه ، وإن كان قد خاطبها لجاء آخر فقطع الخيوط وأدخل السكين فيها قبل أن تلتحم عزر أشد من التعزير الأول الذى قبله وغرمه ثمن الخيوط وأجرة الخياط ، ولم يلزمه أرش جائفة ، لأنه لم يحفه ، وإن فعل ذلك بعد الالتحام فعليه أرش الجائفة وثمن الخيوط ، لأنه بالالتحام عاد إلى الصحة ، فصار كالذى لم يجرح ، وإن التحم بعضها دون بعض ففتق ما التحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا ، وإن فتق غير ما التحم عليه فليس عليه أرش الجائفة^(١) وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل أن يلتحم منها شيء ، وإن فتق بعض ما التحم في الظاهر دون الباطن ، أو الباطن دون الظاهر ، فعليه حكومة ، كما لو وسع جرحه كذلك .

فصل

٦٩٩٤

وإن جرح نخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فأجافه فيه أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر فأجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة في الجراح ، لأن الجراح في غير موضع الجائفة ، فانفردت بالضممان كما لو أوضعه في رأسه وجر السكين حتى بلغ القفا فإنه يلزمه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا .

فصل

٦٩٩٥

فإن أدخل حديدة أو خشبة أو يده في دبر إنسان فخرق حاجزاً في الباطن فعليه حكومة ، ولا يلزمه أرش جائفة ، لأن الجائفة ماخرقت من الظاهر^(٢) إلى الجوف ، وهذه بخلافه ، وكذلك لو أدخل السكين في جائفة إنسان فخرق شيئاً في الباطن فليس ذلك بجائفة لما ذكرنا .

مسألة

٦٩٩٦

قال : (فإن جرحه في جوفه فخرح من الجانب الآخر فهما جائفتان)
هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : عطاء ومجاهد وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال

(١) في ١٨ : جائفة (٢) في ١٨ : من ظاهر

ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك . وحكى عن بعض أصحاب الشافعى أنه قال : هى جائفة واحدة وحكى أيضاً عن أبى حنيفة ، لأن الجائفة هى التى تنفذ من ظاهر البدن إلى الجوف ، وهذه الثانية إنما نفذت من الباطن إلى الظهر .

ولنا : ما روى سعيد بن المسيب : « أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فأنفذه ، فقضى أبو بكر رضى الله عنه بشئى الدية ولا يخالف له فيكون إجماعاً » أخرجه سعيد بن منصور في سننه . وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن عمر قضى في الجائفة إذا نفذت الجوف بأرث جائفتين ، لأنه أنفذه من موضعين فكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين » وما ذكروه غير صحيح ، فإن الاعتبار بوصول الجرح إلى الجوف لا بكيفية إيصاله ، إذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوى في المعنى ، ولأن ما ذكروه من الكيفية ليس بمذكور في خبر ، وإنما العادة والغالب وقوع الجائفة هكذا ، فلا يمتير ، كما أن العادة والغالب حصولها بالحديد ، ولو حصلت بغيره لسكانت جائفة ، ثم ينقض ما ذكروه بما لو أدخل يده في جائفة إنسان فخرق بطنه من موضع آخر ، فإنه يلزمه أرث جائفة بغير خلاف نعلمه ، وكذلك يخرج فيمن أوضح إنساناً في رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر ، فهى موشحتان ، فإن هشمة هاشمة لها مخرجان فهى هاشمتان ، وكذلك ما أشبهه .

فصل

٦٩٩٧

فإن أدخل أصبعه في فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة لأن ذلك ليس بجوف .

مسألة

٦٩٩٨

قال : « ومن وطئ زوجته وهى صغيرة فنفقها لزمه ثلث الدية »

معنى الفتق : خرق ما بين مسلك البول والمثني ، وقيل : بل معناه خرق ما بين القبل والدبر ، إلا أن هذا بعيد ، لأنه يبعد أن يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز ، فإنه حاجز غليظ قوى ، والكلام في هذه المسألة في فصلين . أحدهما : في أصل وجوب الضمان . والثاني : في قدره .

أما الأول : فإن الضمان إنما يجب بوطء الصغيرة أو الفحيفة التى لا تحمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : يجب الضمان في الجميع لأنه جنابة فيجب للضمان به كما لو كان في أجنبية .

ولنا : أنه وطئ مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة ، ولأنه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ما تلف بسرأيته ، كما لو أذنت في مداواتها بما يفعلى إلى ذلك ، وكقطع السارق أو استيفاء القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا .

إذا ثبت هذا فإنه يلزمه المهر المسمى في النكاح ، مع أرش الجناية ، ويكون أرش الجناية في ماله إن كان عمداً محضاً ، وهو أن يعلم أنها لا تطية ، وأن وطأه يفضيها ، فأما إن لم يعلم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضى إليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقبته ، إلا على قول من قال : إن العاقلة لا تحمل عمد الخطأ فإنه يكون في ماله .

الفصل الثاني : في قدر الواجب ، وهو ثلث الدية ، وبهذا قال قتادة وأبو حنيفة ، وقال الشافعي : تجب الدية كاملة ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، لأنه أتلف منفعة الوطاء ، فلزمته الدية كما لو قطع أسكتيها .

ولنا : ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في الإفشاء بثلاث الدية ، ولم نعرف له في الصحة مخالفاً ، ولأن هذه جنابة تخرق الحاجز بين ممالك البول والذكر ، فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة ، ولا نسلم أنها تمنع الوطاء ، وأما قطع الأسكتين فإنما أوجب الدية لأنه قطع عضوين فيهما نفع وجمال ، فأشبهه قطع الشفتين .

فصل

٦٩٩٩

وإن استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : تجب دية وحكومة ، لأنه فوت منفعتين ، فلزمه أرشهما كما لو فوت كلامه وذوقه .

ولنا : أنه أتلف عضواً واحداً لم يفت غير منافعه ، فلم يضمه بأكثر من دية واحدة ، كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه ، وما قاله لا يصح ، لأنه لو أوجب دية المنفعتين لأوجب ديتين ، لأن استطلاق البول موجب الدية ، والإفشاء عنده موجب للدية منفرداً ، ولم يقل أحده ، وإنما أوجب الحكومة ولم يوجب مقتضيها ، فإننا لانعلم أحداً أوجب في الإفشاء حكومة .

فصل

٧٠٠٠

وإن اندمل الحاجز وانسد وزال الإفشاء ، لم يجب ثلث الدية ، ووجبت حكومة ، لجبر ما حصل من النقص .

فصل

٧٠٠١

وإن أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ، ومهر مثلها ، لأنه حصل بوطء غير مستحق ، ولا مأذون فيه ، فلزمه ضمان ما تلف به كسائر الجنائيات ، وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك ؟ فيه روايتان :

أحدهما : لا يلزمه ، لأن أرش البكارة داخل في مهر المثل ، فإن مهر البكر أكثر من مهر الثيب ،

فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة ، فلم يضممه مرتين كما في حق الزوجة .

والثانية : يضممه لأنه محل أتلفه بعدوانه ، فلزمه أرشه ، كالأول أتلفه بأصبعه ، فأما المطاوعة على الزنا إذا كانت ^(١) كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه في فتقها ، وقال الشافعي : يضمن ، لأن للأذن فيه الوطاء دون الفتق ، فأشبهه ماله قطع يدها .

ولنا : أنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه ، فلم يضممه كأرش بكارتها ، ومهر مثلها ، وكألو أذنت في قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها . وفارق ما إذا أذنت في وطئها فقطع يدها ، لأن ذلك ليس من المأذون فيه ، ولا من ضرورته .

فصل

٧٠٠٢

وإن وطئ امرأة بشبهة فأقصاها فعليه أرش إفضائها مع مهر مثلها ، لأن الفعل إنما أذن فيه اعتقاداً أن المستوفى له هو المستحق ، فإذا كان غيره ثبت في حقه وجوب الضمان لما أتلف ، كألو أذن في أخذ الدين لمن يمتد أنه مستحقه ، فبان أنه غيره ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجب لها أكثر الأسرين من مهر مثلها أو أرش إفضائها ، لأن الأرش لإتلاف العضو فلا يجمع بين ضمان منفعة كألو قلع عيناً .

ولنا : أن هذه جنابة تنقل عن الوطاء فلم يدخل بدله فيها ، كألو كسر صدرها ، وما ذكره غير صحيح فإن المهر يجب لاستيقاء ^(٢) منفعة البضع ، والأرش يجب لإتلاف ^(٣) الحاجز ، فلا تدخل المنفعة فيه .

فصل

٧٠٠٣

وإن استطلق بول المسكرمة على الزنا والموطوءة بشبهة مع إفضائها فعليه ديتها والمهر ، وقال أبو حنيفة في الموطوءة بشبهة : لا يجمع بينهما ، ويجب أكثرهما وقد سبق الكلام معه في ذلك .

مسألة

٧٠٠٤

قال : ﴿ وفي الضلع بعير ، وفي الترقوة بعيران ﴾ .

ظاهر هذا أن في كل ترقوة بعيرين فيكون في الترقوتين أربعة أبعرة ، وهذا قول زيد بن ثابت ، والترقوة هي العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكنف ، ولكل واحد ترقوتان ، ففيهما أربعة أبعرة في ظاهر قول الخرق ، وقال القاضي : المراد بقول الخرق الترقوتان معاً ، وإنما اكتفى بلفظ الواحد

(٢) في ٣٩ : باستيفاء .

(١) في ١٨ : فإذا كانت

(٣) في ٣٩ : بإتلاف .

لإدخال الأنف واللام المقتضية للاستغراق ، فيكون في كل ترقوة بعير ، وهذا قول عمر بن الخطاب ، وبه قال سعيد بن المسيب ، ومجاهد ، وعبد الملك بن مروان ، وسعيد بن جبير ، وقتادة ، وإسحاق ، وهو قول للشافعي ، والمشهور من قوليه عند أصحابه : أن في كل واحد مما ذكرنا حكومة وهو قول مسروق ، وأبي حنيفة ، ومالك ، وابن المنذر ، لأنه عظم باطن لا يختص بحال ولا منفعة ، فلم يجب فيه أرش مقدر كسائر أعضاء البدن ، ولأن التقدير إنما يكون بتوقيف أو قياس صحيح ، وليس في هذا توقيف ، ولا قياس . وروى عن الشعبي أن في الترقوة أربعين ديناراً . وقال عمرو بن شعيب : في الترقوتين الدية ، وفي إحداها نصفها ، لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة . وليس في البدن غيرها من جنسهما ، فكمالت فيهما الدية كاليدين .

ولنا : قول عمر رضي الله عنه وزيد بن ثابت ، وماذكروه ينتقض بالهاشمة ، فإنها كسر عظام باطنة وفيها مقدر ، ولا يصح قولهم : إنها لا تختص بحال ومنفعة ، فإن جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد في غيرها ولا مشارك لها فيه ، وأما قول عمرو بن شعيب ، فيخالف للإجماع ، فإننا لانعلم أحداً قبله ، ولا بعده وافقه فيه .

مسألة

٧٠٠٥

قال : ﴿ وفي الزند أربعة أبعرة لأنه عظامان ﴾ .

قال القاضي : يعني به الزندين ، فيهما أربعة أبعرة ، لأن فيهما أربعة عظام ، ففي كل عظم بعير . وهذا يروى عن عمر بن الخطاب ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : فيه حكومة لما تقدم .

ولنا : ما روى سعيد ثنا هشيم ثنا يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن عمرو بن العاص كتب إلى عمر في أحد الزندين إذا كسر فككتب له عمر . إن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الإبل . ورواه أيضاً من طريق آخر مثل ذلك ، وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة فكان إجماعاً .

فصل

٧٠٠٦

ولا مقدر في غير هذه العظام في ظاهر كلام الخرق . وهو قول أكثر أهل العلم . وقال القاضي : في عظم الساق بعيران ، وفي الساقين أربعة أبعرة ، وفي عظم الفخذ بعيران ، وفي الفخذين أربعة . فم هذه تسعة عظام فيها مقدر : الضلع والترقوتان ، والزندان ، والساقان ، والفخذان ، وما عداها لا مقدر فيه . وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضي : في كل واحد من الذراع والمضد بعيران ، وزاد أبو الخطاب عظم القدم ، لما روى سليمان بن يسار أن عمر قضى في الذراع والمضد والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها نجبر ، ولم يكن به دحور - يعني عوجاً - بعير ، وإن كان فيها دحور

فبحساب ذلك . وهذا الخبر إن صح فهو مخالف لما ذهبوا إليه ، فلا يصالح دليلاً عليه ، والصحيح إن شاء الله : أنه لا تقدير في غير الحصة : الضلع ، والترقوتين ، والزندين ، لأن التقدير إنما يثبت بالتوقيف ومقتضى الدليل وجوب الحكومة في هذه العظام الباطنة كلها ، وإنما خالفناه في هذه العظام لقضاء أمر رضى الله عنه ، ففيها عداها يبقى على مقتضى الدليل ، وماعدا هذه العظام كمظم الظاهر وغيره ففيه الحكومة ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإن خالف فيها فهو قول شاذ لا يستند إلى دليل يعتمد عليه ، ولا يصار إليه .

مسألة

٧٠٠٧

قال : « والشجاج التي لا توقيت فيها ، أولها الحارصة وهي التي تحرص الجلد »

يعنى تشقه قليلاً ، وقال بعضهم : هي الحارصة ، ثم الباضعة ، وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ، ثم البازلة وهي : التي يسيل منها الدم ، ثم المتلاحمة ، وهي : التي أخذت في اللحم ، ثم السمحاق ، وهي : التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة ، ثم الموضحة . هكذا وقع في النسخ التي وصلت إلينا : الحارصة ، ثم الباضعة ، ثم البازلة . ولعله من غلط الكاتب ، والصواب : الحارصة ، ثم البازلة ، ثم الباضعة . هكذا رتبها سائر من علمنا قوله من أهل العلم . ولأن الباضعة التي تشق اللحم بعد الجلد ، فلا يمكن وجودها قبل البازلة التي يسيل منها الدم ، وتسمى الدامعة ، لقلة سيلان دمها ، تشبهها له بخروج الدمع من العين والتي تشق اللحم بعد الجلد يسيل منها دم كثير في الغالب ، فكيف يصح جعلها سابقة على ما لا يسيل منها إلا دم يسير كدمع العين ؟ ويدل على صحة ما ذكرناه أن زيد بن ثابت جعل في البازلة بعيراً ، وفي الباضعة بعيرين . وقول الخرقى : « والشجاج » يعنى : جراح الرأس والوجه ، فإنه يسمى شجاجاً خاصة ، دون جراح سائر البدن ، والشجاج المسماة عشر : خمس منها أرشها مقدر ، وقد ذكرناها . وخمس لا توقيت فيها .

قال الأصمى : أولها الحارصة ، وهي التي تشق الجلد قليلاً - يعنى تقشر شيئاً يسيراً من الجلد ، لا يظهر منه دم ، ومنه حرص القصار الثوب إذا شقه قليلاً ، ثم البازلة ، وهي : التي يبزل منها الدم ، أى يسيل ، وتسمى الدامية أيضاً ، والدامعة ، ثم الباضعة ، وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ، ثم المتلاحمة ، وهي التي أخذت في اللحم - يعنى دخلت فيه دخولاً كثيراً يزيد على الباضعة ، ولم تبلغ السمحاق . ثم السمحاق وهي التي تصل إلى قشرة رقيقة فوق العظم ، تسمى تلك القشرة سمحاقاً . وسميت الجراح الواصلة إليها بها ، ويسمى أهل المدينة : الملطأ^(١) ، والملطأة ، وهي : التي تأخذ اللحم كله ، حتى تخلص منه ، ثم الموضحة وهي : التي تقشر تلك الجلدة وتبدى وضوح العظم ، أى بياضه ، وهي أول الشجاج الموقفة ، وما قبلها

(١) هكذا في النسخ ، والصواب (المطلق) بضم مكسورة بعدها لام ساكنة فطاء مفتوحة فأنف مقصورة تكتب ياء كما في لسان العرب ج ٧ ص ٤٠٨ (ف)

من الشجاج الخمس فلا توقيت فيها في الصحيح من مذهب أحد . وهو قول أكثر الفقهاء . يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي .

وروى عن أحمد رواية أخرى : أن في الدامية بعيراً ، وفي الباضعة بعيرين ، وفي المتلاحة ثلاثة ، وفي السمحاق أربعة أبعرة ، لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت ، وروى عن علي في السمحاق مثل ذلك . رواه سعيد بن منصور ، وعن عمر وعثمان فيها نصف أرش الموضحة . والصحيح الأول ، لأنها جراحات لم يرد فيها توقيت في الشرع ، فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن ، وروى من مكحول قال : قضى النبي صلى الله عليه وسلم في الموضحة بخمس من الإبل ، ولم يقض فيما دونها ، ولأنه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف ، ولا له قياس يصح فوجب الرجوع إلى الحكومة كالخارصة ، وذكر الفاضل : أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في رأس الجني عليه موضحة إلى جانبها قدرت هذه الجراحة منها ، فإن كانت بقدر النصف وجب نصف أرش الموضحة ، وإن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الأرش . وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك . فنوجب ما تخرجه الحكومة ، فإذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثها . أو جبنها ثلثي أرش الموضحة . وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أو جبنها النصف ، فنوجب الأكثر مما تخرجه الحكومة ، أو قدرها من الموضحة ، لأنه اجتمع سببان موجبان للشين^(١) وقدرها من الموضحة فوجب بها أكثرهما لوجود سببه ، والدليل على إيجاب المقدار أن هذا احم فيه مقدر فكان في بعضه بمقداره من دية كاللارن الحشفة والشفة والجفن . وهذا مذهب للشافعي . وهذا لا نعلمه مذهباً لأحد : ولا يقتضيه مذهبه ، ولا يصح ، لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ، ولا يصح قياس هذا على ما ذكرناه فإنه لا تجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكرناه نظيراً .

مسألة

٧٠٠٨

قال : ﴿ وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيراً لما وقعت دية ففيه حكومة ﴾ .

أما الذي فيه توقيت فهو الذي نص النبي صلى الله عليه وسلم على أرشه وبين قدر دية كقوله : « في الأنف الدية وفي اللسان الدية » . وقد ذكرناه ، وأما نظيره فهو ما كان في معناه ومقياساً عليه كالأليتين والثديين والحاجبين . وقد ذكرنا ذلك أيضاً فالمرحوم لم يكن من الموقت . ولا يمكن قياسه عليه كالشجاج التي دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الأعضاء وكسر العظام المذكورة . فليس فيه إلا الحكومة .

٧٠٠٩

مسألة

قال : ﴿ والحكومة أن يقوم الجنى عليه كأنه عبد لاجفائية به ، ثم يقوم وهي به قد برأت ، فما نقصته الجفائية فله مثله من الدية ، كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة ، وقيمته وهو عبد به الجفائية تسعة ، فيسكون فيه عشر ديةه ﴾ .

هذا الذى ذكره الخرق رحمه الله فى تفسير الحكومة قول أهل العلم كلهم ، لأنهم بينهم فيه خلافاً . وبه قال الشافعى ، والعنبرى ، وأصحاب رأى ، وغيرهم ، وقال ابن المنذر . كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة : أن يقال إذا أصيب الإنسان يجرح لاعتقل له معلوم : كم قيمة هذا الجروح لو كان عبداً لم يجرح هذا الجرح ؟ فإذا قيل : مائة دينار ، قيل : وكم قيمته . وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤءه ؟ [فإن قيل] قيل : خمسة وتسعون . فالذى يجب على الجانى نصف عشر الدية . وإن قالوا : تسعون فمشر الدية . وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال . وإنما كان كذلك ، لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها . كما أن المبيع لما كان مضموماً على البائع بالثمن كان أرش عيبه مقدراً من الثمن . فيقال : كم قيمته ليعيب فيه ؟ فقالوا : عشرة . فيقال : كم قيمته وفيه العيب ؟ فإذا قيل : تسعة ، علم أنه نقص عشر قيمته ، فيجب أن ترد من الثمن عشر ، أى قدره كان ، ونقدره عبداً ليتمكن تقويمه ونجعل العبد أصلاً للعهر فيما لا توقيت فيه ، والحر أصلاً للعبد فيما فيه توقيت .

٧٠١٠

مسألة

قال : ﴿ وعلى هذا ما زاد من الحكومة أو نقص إلا أن تسكون الجفائية فى رأس أو وجه فيسكون أسهل مما وقت فيه ، فلا يجاوز به أرش الوقت ﴾ .

بمعنى لو نقصته الجفائية أكثر من عشر قيمته لوجب أكثر من عشر دية . ولو نقصته أقل من العشر مثل أن نقصته نصف عشر قيمته لوجب نصف عشر دية ، إلا إذا شبعه دون الموضحة ، فبلغ أرش الجراح بالحكومة أكثر من أرش الموضحة لم يجب الزائد ، فلو جرحه فى وجهه ممحاقاً . فنقصته عشر قيمته فنقتضى الحكومة وجوب عشر من الإبل ، ودية الموضحة خمس ، فهنا يعلم غلط المقوم ، لأن الجراحة لو كانت موضحة لم تزد على خمس مع أنها ممحاق ، وزيادة عليها ، فلأن لا يجب فى بعضها زيادة على خمس أولى . وهذا قول أكثر أهل العلم . وبه يقول الشافعى ، وأصحاب رأى . وحكى عن مالك : أنه يجب ما تخرجه الحكومة كائناً ما كان لأنها جراحة لا مقدر فيها . فوجب فيها ما نقص كما لو كانت فى سائر البدن .

ولما : أنها بعض الموضحة ، لأنه لو أوضحه أقطع ماقطعته هذه الجراحة ، ولا يجوز أن يجب فى بعض

الشيء أكثر مما يجب فيه ، ولأن الضرر في الموضحة أكثر ، والشين أعظم ، والمحل واحد ، فإذا لم يزد أرش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيهاً على ألا يزيد مادونها عليها ، وأما سائر البدن فما كان فيه موقت كالأعضاء والعظام المملوءة والجائفة فلا يزداد جرح عظم على دية .

مثاله جرح أنملة ، فبلغ أرشها بالحكومة خمساً من الإبل ، فإنه يرد إلى دية الأنملة . وإن جنى عليه في جوفه دون الجائفة لم يزد على أرش الجائفة ، وما لم يسكن كذلك وجب ما أخرجه الحكومة لأن المحل مختلف ، فإن قيل : فقد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه ، ووجب في منافع اللسان أكثر من الواجب فيه ؟ قلنا : إنما وجبت دية النفس عوضاً عن الروح وليست الأطراف بعضها بخلاف مسائلنا هذه ذكره القاضى ، ويحتمل كلام الخرق أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه ، لقوله : إلا أن تكون الجناية في رأس أو وجه فلا يجاوز به أرش الموقت .

فصل

٧٠١١

وإذا أخرجت الحكومة في شجاج الرأس التي دون الموضحة قدر أرش الموضحة أو زيادة عليه فظاهر كلام الخرق أنه يجب أرش الموضحة ، وقال القاضى : يجب أن تنقص عنها شيئاً ، على حسب ما يؤدى إليه الاجتهاد . وهذا مذهب الشافعى ، أثلاً يجب في بعضها ما يجب في جميعها ، ووجه قول الخرق : أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجه الحكومة ، وإنما سقط الزائد على أرش الموضحة لخالفته النص ، أو تنبيه النص ، فقياً لم يزد يجب البقاء على الأصل ، ولأن ما ثبت بالتنبيه يحوز أن يساوى المنصوص عليه في الحكم ، ولا يلزم أن يزيد عليه ، كما أنه لما نص على وجوب فدية الأذى في حق المذور ، ولم تلزم زيادتها في حق من لا عذر له ، ولا يمنع أن يجب في البعض ما يجب في الكل ، بدليل وجوب دية الأصابع ، مثل دية اليد كلها ، وفي حشفه الذكر مثل ما في جميعه . فإن قيل : هذا وجب بالتقدير الشرعى لا بالقويم . قلنا : إذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمنع ثبوت مثله بالقياس عليه ، والاجتهاد المؤدى إليه .

وفي الجملة فالحكومة دليل ترك العمل بها في الزائد لمعنى مفقود في المساوى ، فيجب العمل فيه بها لعدم المعارض . ثم وإن صح ما ذكره فينبغى أن ينقص أدنى ما تحصل به المساواة المذورة ويجب الباقي عملاً بالدليل الموجب له والله أعلم .

فصل

٧٠١٢

ولا يكون التقويم إلا بعد برء الجرح ، لأن أرش الجرح المقدّر إنما يستقر بعد برئه ، فإن لم تنقصه الجناية شيئاً بعد البرء مثل أن قطع أصبعاً أو يداً زائدة أو فلع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك ، بل زاده حسناً

فلا شيء على الجاني ، لأن الحكومة لأجل جبر النقص ، ولا نقص ههنا ، فأشبه ما لو اطم وجهه فلم يؤثر وإن زادته الجنابة حسماً فالجاني محسن بجنابته ، فلم يضمن كما لو قطع سلامة أو ثولولا ، وبطخراجاً ، ويحتمل أن يضمن ، قال القاضي : نص أحمد على هذا لأن هذا جزء مضمون فلم يعر عن ضمان ، كما لو أتلّف مقدار الأرض ، فازداد به جمالا أو لم ينقصه شيئاً ، فعلى هذا يقوم في أقرب الأحوال إلى البرء ، لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم في أقرب الأحوال إليه ، كولد المبرور لما تعذر تقويمه في البطن ، قوم عند الوضع ، لأنه أقرب الأحوال التي أمكن تقويمه إلى كونه في البطن ، وإن لم ينقص في تلك الحال قوم والدم جار ، لأنه لا بد من نقص للخوف عليه . ذكره القاضي ولأصحاب الشافعي وجهان كما ذكرنا .

وتقوم لحيمة المرأة كأنها لحيمة رجل في حال ينقصه ذهاب لحيته ، وإن أتلّف سنّاً زائدة قوم وليس له سن ولا خلفها أصلية ، ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة ، فإن كانت المرأة إذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب لحيته يسيراً وإن قدرناها ابن أربعين نقصها كثيراً قدرناها ابن عشرين ، لأنه أقرب الأحوال إلى حال الجنى عليه ، فأشبهه تقويم الجرح الذي لا ينقص بعد الاندمال فإنما نقومه في أقرب أحوال النقص إلى حال الاندمال ، والأول أصح إن شاء الله فإن هذا لا مقدر فيه ولم ينقص شيئاً فأشبهه الضرب ، وتضمن النقص الحاصل حال جريان الدم إما هو تضمن الخوف عليه ، وقد زال ، فأشبهه ما لو اطمه فاصفر لونه حال اللطمة ، أو احمر ، ثم زال ذلك ، وتقدير المرأة رجلاً لا يصح ، لأن اللحية زين للرجل ، وعيب فيها ، وتقدير ما يعيب بما يزين لا يصح ، وكذلك تقدير السن في حالة يراد زوالها بحالة تذكره . لا يجوز ، فإن الشيء يقدر بنظيره ، ويقاس على مثله لا على ضده ، ومن قال بهذا الوجه فإنما يوجب أدنى ما يمكن لإيجابه ، وهو أقل نقص يمكن تقديره

فصل

٧٠١٣

وإن اطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه ، لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة ، ولم يكن له حال ينقص فيها ، فلم يضمنه كالمشتمه ، وإن سود وجهه أو خضره ضمنه بديته ، لأنه فوت الجمال على السكال ، فضمنه بديته كما لو قطع أذن الأسم وأنف الأخشم . وقال الشافعي : ليس فيه إلا حكومة ، لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر . وقد ذكرنا أنه نظير لقطع الأذنين في ذهاب الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بإيجاب الدية أولى وإن زال السواد يرد ما أخذه لزوال سبب الضمان وإن زال بعضه وجبت فيه حكومة ، ورد الباقي ، وإن صفّر وجهه أو حمّره ففيه حكومة ، لأن الجمال لم يذهب على السكال ، وهذا يشبه ما لو سود سنه أو غير لونه على ما ذكرنا من التفصيل فيها .

مسألة

٧٠١٤

قال : **وإن كانت الجنابة على المبد مما ليس فيه شيء موقت في الحر ففيه ما نقصه بعد الغتاء الجرح** ،

وإن كان فيما جنى عليه شيء موقت في الحر فهو موقت في العبد ، ففي يده نصف قيمته ، وفي موضحته نصف عشر قيمته ، ونقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر ، وهكذا الأمة ﴿ ١ 》 .

وجملته : أن الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لأن الواجب إنما وجب جبراً لما فات بالجناية^(١) ، ولا ينجبر إلا بإيجاب ما نقص من القيمة ، فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ، ولا يجب زيادة على ذلك ، لأن حق الجنى عليه قد انجبر ، فلا يجب له زيادة على ما فوته الجاني عليه ، وهذا هو الأصل ، ولا نعلم فيه خلافاً فيما ليس فيه مقدر شرعي ، فإن كان الغائب بالجناية مؤقلاً في الحر كيده وموضحته ، ففيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : أن فيه أيضاً ما نقصه بالغاً ما بلغ ، وذكر أبو الخطاب أن هذا اختيار الخليل ، وروى الميموني عن أحمد أنه قال : إنما يأخذ قيمة ما نقص منه على قول ابن عباس ، وروى هذا عن مالك فيما عدا موضحته ومقتله وهاشمته وجائفته ، لأن ضمانه ضمان الأموال ، فيجب فيه ما نقص كالبهائم ، ولأن ما ضمن بالقيمة بالغاً ما بلغ ضمن بعضه بما نقص كسائر الأموال ، ولأن مقتضى الدليل ضمان الغائب بما نقص خالفناه فيما وقت في الحر كما خالفناه في ضمان بقيته بالدية المؤقتة ، ففي العبد يبقى فيهما على مقتضى الدليل ، وظاهر المذهب أن ما كان مؤقلاً في الحر فهو موقت في العبد ، ففي يده أو عينه أو أذنه أو شفته نصف قيمته ، وفي موضحته نصف عشر قيمته ، وما أوجب الدية في الحر كالأنف واللسان واليدين والرجلين والعينين والأذنين أوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه ، روى هذا عن علي رضي الله عنه ، وروى نحوه عن سعيد بن المسيب ، وبه قال ابن سيرين ، وعمر بن عبد العزيز ، والشافعي ، والثوري ، وبه قال أبو حنيفة . قال أحمد : هذا قول سعيد بن المسيب .

وقال آخرون : ما أصيب به العبد فهو على ما نقص من قيمته ، والظاهر أن هذا لو كان قول علي لما احتج أحمد فيه إلا به ، دون غيره ، إلا أن أبا حنيفة والثوري قالوا : ما أوجب الدية من الحر يتخير سيد العبد فيه بين أن يفرمه قيمته وبصير ماسكاً للجاني ، وبين ألا يضمه شيئاً ، لئلا يؤدي إلى اجتماع للبدل والمبدل لرجل واحد ، وروى عن إياس بن معاوية فيمن قطع يد عبد عمداً أو فقأ عينه هو له ، وعليه ثمنه .

ووجه هذه الرواية : قول علي رضي الله عنه ، ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً ، ولأنه آدمى بضمن بالانحصار والكفارة فكان في أطرافه مقدر كالحر ، ولأن أطرافه فيها مقدر من الحر ، فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الأربع عند مالك ، وما وجب في شجاجه مقدر وجب في أطرافه مقدر كالحر ، وعلى أبي حنيفة قول علي ، ولأن

هذه الأعضاء فيها مقدر فوجب ذلك فيها مع بقاء ملك السيد في العبد كاليد الواحدة وسائر الأعضاء ، ولأن من ضمنت يده بمقدر ضمنت يده بمثليه من غير أن يملك كالحر . وقولهم : إنه اجتمع للبذل والمبدل لواحد ليس بصحيح ، لأن القيمة ههنا بدل العضو وحده ، ولو كان بدلا عن الجملة لكان بدل اليد الواحدة بدلا عن نصفه ، وبدل تسع أصابع بدلا عن تسعة أعشاره ، والأمر بخلافه ، والأمة مثل العبد في ذلك إلا أنها تشبه بالحررة وإذا بلغت ثلث قيمتها احتمل أن جفائها ترد إلى النصف ، فيكون في ثلاث أصابع ثلاثة أعيان قيمتها ، وفي أربعة أصابع خمسها ، كما أن المرأة تساوى الرجل في الجراح إلى ثلث ديتها ، فإذا بلغت الثلث ردت إلى النصف ، والأمة امرأة ، فيكون أرشها من قيمتها كأرش الحررة . ويحتمل ألا يرد إلى النصف ، لأن ذلك في الحررة على خلاف الأصل ، لكون الأصل زيادة الأرض بزيادة الجفائية وأنه كلما زاد نقصها وضررها زاد في ضمانها ؟ فإذا خولف هذا في الحررة بقينا في الأمة على وفق الأصل .

فصل

٧٠١٥

وإذا جنى على العبد في رأس أو وجه دون الموضحة فنقصته أكثر من أرشها وجب مانقصته ، ويحتمل أن يرد إلى نصف عشر قيمته كالحر إذا زاد أرش شجته التي دون الموضحة على نصف عشر دية ، والأول أولى ، لأن هذه جراحة لا موقت فيها ، فكان الواجب فيها مانقص ، كما لو كانت في غير رأسه ، ولأن الأصل وجوب مانقص خولف في المقدر ففي هذا يبقى على الأصل .

مسألة

٧٠١٦

قال : ﴿ وإن كان المقتول خفئ مشكلا ففيه نصف دية ذكر ، ونصف دية أنثى ﴾ . وهذا قول أصحاب الرأي . وقال الشافعي الواجب دية أنثى ، لأنها اليقين فلا يجب الزائد بالشك ، ولنا أنه يحتمل الذكورية والأنثوية احتمالا واحداً وقد يؤمن من انكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكل الاحتمالين .

فصل

٧٠١٧

فأما جراحه فما لم يبلغ ثلث اليد ففيه دية جرح الذكر ، لاستواء الذكر والأنثى في ذلك ، وإن زاد على الثلث مثل أن قطع يده ففيه ثلاثة أرباع دية يد الذكر ، سبعة وثلاثون بغيراً ونصف ، ويقاد به الذكر والأنثى ، لأنهما لا يختلفان في اللقود ، ويقاد هو بكل واحد منهما .

مسألة

٧٠١٨

قال : ﴿ وإن كان الجاني عليه نصفه حر ونصفه عبد فلا قود ، وعلى الجاني إن كان عمداً نصف دية حر ونصف قيمته ، وهكذا في جراحه وإن كان خطأ فعليه نصف قيمته ، وعلى عاقلة نصف الدية ﴾ .

يعنى لا قود على قاتله إذا كان نصفه حرّاً ، لأنه ناقص بالرق ، فلم يقتل به الحر كالوكان كله رقيقاً ، وإن كان قاتله عبداً قتل به ، لأنه أكل من الجاني ، وإن كان نصف القاتل حرّاً وجب القود لتساويهما وإن كانت الحرية في القاتل أكثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما ، وفي ذلك كله إذا لم يكن القاتل عبداً فعليه نصف دية حر ، ونصف قيمته إذا كان عمداً ، لأن العاقلة لا تحمّل العمد ، وإن كان خطأ ففي ماله نصف قيمته ، لأن العاقلة لا تحمّل العمد وعلى عاقلة نصف الدية ، لأنها دية حر في الخطأ ، والعاقلة تحمّل ذلك . وهكذا الحكم في جراحه إذا كان قدر الدية من أرشها يبلغ ثلث الدية ، مثل أن يقطع أنفه أو يديه ، وإن قطع إحدى يديه فمقتل جميعهما على الجاني في ماله ، لأن عليه نصف دية اليد ، وهو ربع ديقه ، لأجل حرية نصفه ، وذلك دون ثلث الدية ، وعليه ربع قيمته .

فصل

٧٠١٩

ودية الأعضاء كدية النفس ، فإن كان الواجب من الذهب أو الورق لم يختلف بعمد ولا خطأ ، وإن كان من الإبل وجب في العمد أرباعاً على إحدى الروايتين ، وفي الأخرى يجب خمس وعشر منها حقائق وخمس وعشر جذاع ، وخمسها خلفات ، وفي الخطأ يجب أخماساً ، فإن لم يمكن مثل أن يوضعه عمداً ، فإنه يجب أربعة أرباعاً والخامس من أحد الأجناس الأربعة قيمته ربع قيمة الأربع ، وإن قلنا بالرواية الأخرى وجب خلفتان وحقّة وجذعة وبغير قيمته نصف قيمة حقّة ، ونصف قيمة جذعة .

وإن كان خطأ وجب الخمس من الأجناس الخمسة ، من كل جنس بعير ، وإن كان الواجب دية أملة وقلنا يجب من ثلاثة أجناس وجب بعير وثلاث من الخلفات وحقّة وجذعة . وإن قلنا أرباعاً وجب ثلاثة وثلاث قيمتها نصف قيمة الأربعة وثلاثها ، وإن كان خطأ فقيمتها ثلثا قيمة الخمس وعند أصحابنا قيمة كل بعير مائة وعشرون درهماً أو عشرة دنانير ، ولا فائدة في تعيين أسنانها ، فإن اختلفت قيمة الدنانير والدرهم مثل أن كانت للعشرة دنانير تساوى مائة درهم فقياس قولهم إنه إذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم الجنى عليه قبوله لأنه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فيلزمه قبول مايساويها ، والله أعلم .

باب القسامة

القسامة مصدر أقسم قسماً وقسامة . ومعناه : حلف حلفاً . والمراد بالقسامة ههنا : الأيمان المكررة في دعوى القتل . قال القاضي : هي الأيمان إذا كثرت على وجه المبالغة . قال : وأهل اللغة يذهبون إلى أنها للقوم الذين يحلفون ، سموا باسم المصدر ، كما يقال رجل زور وعدل ورضى . وأى الأسيرين كان فهو من القسم الذى هو الحلف .

والأصل في القسامة ما روى يحيى بن سعيد الأنصارى عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حنمة

ورافع بن خديج « أن مُحَيِّصَةَ بن مسعود ، وعبد الله بن سهل انطلقا إلى خيبر ، فتفرقا في النخيل فقتل عبد الله بن سهل ، فاتهموا اليهود ، فجاء أخوه عبد الرحمن ، وابنا عمه حُوَيْصَةُ وَحُيَيْصَةُ إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه وهو أصغرهم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « كَبْرُ^(١) الْكَبْرِ^(٢) » أو قال : ليبدأ الأكبر - فتكلم في أمر صاحبهما ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يقسم خسون منكم على رجل منهم ، فيدفع إليكم^(٣) برُمَّتَيْهِ . فقالوا : أمر لم نشهده ، كيف نخلف ؟ قال : فَمُبَرِّئُكُمْ يَهُودُ بِأَيِّمَانٍ خَسِينٍ مِنْهُمْ . قالوا : يارسول الله قوم كفار ضلال . قال فوداه^(٤) رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبله . قال سهل ، فدخلت^(٥) مِرْبَدَأُ لَهُمْ فَرَكَضَتْني ناقةً من تلك الإبل . متفق عليه .

مسألة

٧٠٢٠

قال أبو القاسم رحمه الله : « إذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لاعداء بينهم ، ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها » .
الكلام في هذه المسألة في فصلين :

الأول

٧٠٢١

في أنه إذا وجد قتيل في موضع فادعى أولياؤه قتله على رجل أو جماعة ، ولم تكن بينهم عداوة ، ولا لوث فهي كسائر الدعاوى ، إن كانت لهم بينة حكم لهم بها ، وإلا فالقول قول المنكر . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : إذا ادعى أولياؤه قتله على أهل الحلة أو على معين فللولي أن يختار من الموضع خسين رجلا يحلفون خمسين يمينا ، والله ماقتلناه ، ولا علمنا قاتله . فإن

(١) في ٢٩ : كبر ، كبر .

(٢) وردت روايات بألفاظ مختلفة في صحيح مسلم في ج ٣ ص ١٢٩١ ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : كبر (الكبر في السن) ، والكبر منصوب بإضمار يريد ونحوها ، وفي ص ١٢٩٤ رواية بلفظ « كبر الكبر أو قال يبدأ الأكبر ، وفي ص ١٢٩٤ رواية بلفظ (كبر كبر) بصيغة الأمر فيهما ، والثاني تأكيد للأول . (ف)

(٣) أي يسلم إليكم بحبله الذي شد به أثلا يهرب ، قال في المصباح ص ٢٩٨ « الرمة بالضم القطعة من الحبل . وأخذت الشيء برمته أي جميعه وأصله أن رجلا باع بعيرا وفي عنقه حبل فقتل ادفعه برمته ثم صار كالمثل في كل مالا ينقص ولا يؤخذ منه شيء . (ف)

(٤) وداه : دفع ديتة . (ف)

(٥) المراد : الموضع الذي يجتمع فيه الإبل وتحبس ، والربد : الحبس ومعنى ركضتني رفستني ، ومقصود (سهل) بهذا أنه ضبط الحديث وحفظه جيدا . (ف)

نقصوا عن الخمسين كررت الأيمان عليهم حتى تم ، فإذا حلفوا وجبت الدية على باقي الخطة ، فإن لم يكن وجبت على سكان الموضع . فإن لم يحلفوا حبسوا حتى يحلفوا أو يقرؤا ، لما روى أن رجلا وجد قتيلا بين حيين خلفهم عمر رضى الله عنه خمسين يمينا ، وقضى بالدية على أقربهما ، يعنى أقرب الحيين فقالوا : والله ما وقت أيماننا أموالنا ولا أموالنا أيماننا ، فقال عمر ^(١) : حقنتم بأموالكم دماءكم .

ولنا حديث عبد الله بن سهل ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » . رواه مسلم ^(٢) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . ولأن الأصل في المدعى عليه براءة ذمته ، ولم يظهر كذبه فكان القول قوله ، كسائر الدعاوى ، ولأنه مدعى عليه ، فلم تلزمه اليمين والغرم كسائر الدعاوى . وقول النبي صلى الله عليه وسلم أولى من قول عمر ، وأحق بالاتباع ، ثم قصة عمر يحتمل أنهم اعترفوا بالقتل خطأ ، وأنكروا العمد ، فأحلفوا على العمد ، ثم إنهم لا يعملون بخبر النبي صلى الله عليه وسلم والخالف للأصول ، وقد صاروا هاهنا إلى ظاهر قول عمر الخالف للأصول ، وهو إيجاب الأيمان على غير المدعى عليه ، وإلزامهم الغرم مع عدم الدعوى عليهم والجمع بين تحليفهم وتفريمهم وجبهم على الأيمان ، قال ابن المنذر : سن النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وسن القسامة في القتل الذي وجد بخير ، وقول أصحاب الرأي خارج عن هذه السنن .

فصل

٧٠٢٢

ولا تسمع الدعوى على غير معين ، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة أو واحد غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم لم تسمع الدعوى وبهذا قال الشافعي . وقال أصحاب الرأي : تسمع ويستحاف خصمون منهم ، لأن الأنصار ادعوا القتل على يهود خيبر ، ولم يمينوا القاتل ، فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم دعواهم .

ولنا : أنها دعوى في حق ، فلم تسمع على غير معين ، كسائر الدعاوى ، فأما الخبر فإن دعوى الأنصار التي سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تكن الدعوى التي بين الخصمين المختلف فيها ، فإن تلك من شرطها حضور المدعى عليه عندهم ، أو تندر حضوره عندنا ، وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم أن الدعوى

(١) أخرجه البيهقي في المعرفة عن الشافعي بسنده إلى الشعبي عن عمر (ف)

(٢) ذكره المؤلف بلفظ وبعد ذلك قريبا بلفظ آخر ولفظ مسلم كما في ج ٣ ص ١٣٣٦ عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه (ف)

لا تصح إلا على واحد بقوله : « تقسمون على رجل منهم فيدفع إليكم برمته » ، وفي هذا بيان أن الدعوى لا تصح على غير معين .

فصل

٧٠٢٣

فأما إن ادعى القتل من غير وجود قتل ، ولا عداوة فحكم سائر الدعاوى في اشتراط تعيين المدعى عليه ، وأن القول قوله لا نعلم فيه خلافاً .

الفصل الثاني

٧٠٢٤

أنه إذا ادعى القتل ، ولم تكن عداوة ، ولا لوث ففيه عن أحد روايتان :

أحدهما : لا يحلف المدعى عليه ، ولا يحكم عليه بشيء ، ويحلى سبيله هذا الذي ذكره الخرق هاهنا ، وسواء كانت الدعوى خطأ أو عمداً ، لأنها دعوى فيما لا يجوز بذله ، فلم يستحلف فيها كالحدود ، ولأنه لا يقضى في هذه الدعوى بالنكول ، فلم يستحلف فيها كالحدود .

والثانية ، يستحلف ، وهو الصحيح ، وهو قول الشافعي ، لعموم قوله عليه السلام : « اليمين على المدعى عليه » ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لو بعتي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » ظاهر في إيجاب اليمين هاهنا لوجهين : أحدهما : عموم اللفظ فيه .

والثاني : أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكره في صدر الخبر ، بقوله : « لادعى قوم دماء رجال وأموالهم - ثم عقبه بقوله - ولكن اليمين على المدعى عليه » فيعود إلى المدعى عليه المذكور في الحديث ولا يجوز إخراج منه إلا بدليل أقوى منه ، ولأنها دعوى في حق آدمي فيستحلف فيها كدعوى المال ولأنها دعوى لو أقربها لم يقبل رجوعه عنها فتجب اليمين فيها كالأصل المذكور .

إذا ثبت هذا فالشروع يمين واحدة . وعن أحمد : أنه بشرع خمسون يميناً ، لأنها دعوى في القتل ، فمكان المشروع فيها خمسون^(١) يميناً ، كما لو كان بينهم لوث ، وللشافعي قولان في هذا كالروايتين .

ولنا : أن قوله عليه السلام : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . ظاهر في أنها يمين واحدة من وجهين .

(١) في طبعة رشيد (خمسون) في ج ١٠ ص ٦ ومثله كما في طبعة الفقي ج ٨ ص ٦٧ والصواب (خمين) بالنصب خبر (كان) وفي الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٧ (فيشرع فيها خمسون يميناً) بدون (كان) وبيننا الفعل للمجهول . (ف)

أحدهما : أنه وحد اليمين فينصرف إلى واحدة . والثاني : أنه لم يفرق في اليمين المشروعة ، فيدل على النسوية بين المشروعة في الدم والمال ، ولأنها يمين بمضدها الظاهر والأصل ، فلم تفلظ كسائر الأيمان ، ولأنها يمين مشروعة في جنبة المدعى عليه ابتداء ، فلم تفلظ بالتسكير كسائر الأيمان ، وبهذا فارق ما ذكره .

فإن نكل المدعى عليه عن اليمين لم يجب القصاص بغير خلاف في المذهب ، وقال أصحاب الشافعي : إن نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعى ، تخاف خسين يميناً واستحق القصاص إن كانت الدعوى عمداً ، والدية^(١) إن كانت موجبة للقتل ، لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبيعة أو الإقرار والقصاص يجب بكل واحد منهما .

ولنا : أن للقتل لم يثبت بيينة ولا إقرار ، ولم يمضه لوث ، فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل . ولا يصح إلحاق الأيمان مع النكول بيينة ولا إقرار ، لأنها أضعف منها ، بدليل أنه لا يشرع إلا عند عدمهما ، فيكون بدلا عنهما ، والبذل أضعف من المبدل ، ولا يلزم من ثبوت الحكم بالأقوى ثبوته بالأضعف ، ولا يلزم من وجوب الدية وجوب القصاص ، لأنه لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بالشاهد واليمين ، ويحاط له ، ويدراً بالشبهات ، والدية بخلافه .

فأما الدية فتثبت بالنكول عند من يثقت المال به أو ترد اليمين على المدعى فيحلف يميناً واحدة ، ويستحقها كما لو كانت الدعوى في مال والله أعلم .

مسألة

٧٠٢٥

قال : (فإن كان بينهم عداوة ولوث قادمي أولياؤه على واحد حلف الأولياء على قاتله خسين يميناً ، واستحقوا دمه ، إذا كانت الدعوى عمداً) .

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

الأول

٧٠٢٦

في اللوث المشترك في القسامة . واختلفت الرواية عن أحد فيه ، فروى عنه أن اللوث هو : العداوة للظاهرة بين المقتول والمدعى عليه ، كنعو ما بين الأنصار ويهود خيبر ، وما بين القبائل والأحياء . وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب ، وما بين أهل المدل وما بين الشرطة والصوص ، وكل من بينه

(١) (والدية) بالواو في طبعه . رشيد ج ١٠ ص ٧ الفق ج ٨ ص ٦٧ وفي الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٨ (أو الدية إن كانت الدعوى عمداً موجبا للقتل) . (ف)

وبين المقتول ضمن يغلب على الظن أنه قتله ، نقل مهنا من أحد فيمن وجد قتيلا في المسجد الحرام يظفر من بينه وبينه في حياته شيء ، بمعنى ضعفاً ، يؤخذون به ، ولم يذكر القاضى فى اللوث غير العداوة ، إلا أنه قال فى الفريقين يقتتلان فينكشفون عن قتيلا ، فاللوث على الطائفة^(١) واللوث على طائفة القتيل .

إذا ثبت هذا فإنه لا يشترط مع العداوة ألا يكون فى الموضع الذى به القتل غير العدو ، نص عليه أحد فى رواية مهنا التى ذكرناها ، وكلام الخرق يدل عليه أيضاً ، واشترط القاضى أن لا يوجد القتيل فى موضع عدو لا يختلط بهم غيرهم ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن الأنصارى قتل فى خيبر ، ولم يكن فيها إلا اليهود ، وجميعهم أعداء ، ولأنه متى اختلط بهم غيرهم احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير . ثم ناقض القاضى قوله ، فقال فى قوم ازدحموا فى مضيق فافترقوا عن قتيل : إن كان فى القوم من بينه وبينهم عداوة وأممكن أن يكون هو قتله لكونه بقربه فهو لوث ، فجعل العداوة لوثاً ، مع وجود غير العدو .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا ، مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها ، لأنها كانت أملاً كالللمسلمين يقصدونها لأخذ غلات أملاكهم منها ، وعمارتها ، والاطلاع عليها ، والامتيار^(٢) منها ، ويبعد أن تكون مدينة على جادة تخلو من غير أهلها ، وقول الأنصار : ليس لنا بخيبر عدو إلا يهود يدل على أنه قد كان بها غيرهم ، ممن ليس بعدو ، ولأن اشتراكهم فى العداوة لا يمنع من وجود اللوث فى حق واحد وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره فى احتمال قتله ، فلأن يمنع ذلك وجود من يبعد منه القتل أولى . وما ذكرناه من الاحتمال لا ينفى اللوث ، فإن اللوث لا يشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه ، ولا ينافيه الاحتمال ، ولو تيقن القتل من المدعى عليه لما احتيج إلى الأيمان ، ولو اشترط نفي الاحتمال لما صح الدعوى على واحد من جماعة ، لأنه يحتمل أن القاتل غيره ، ولا على الجماعة كلهم ، لأنه يحتمل أن لا يشترك الجميع فى قتله .

والرواية الثانية : عن أحد أن اللوث ما يطلب على اللظن صدق المدعى ، وذلك من وجوه :

أحدها : العداوة المذكورة .

(١) هكذا فى النسخ لكن لفظ الشرح الكبير ج ١٠ ص ٩٠ . ولم يذكر القاضى فى اللوث غير العداوة إلا أنه قد قال فى الفريقين يقتتلان فينكشفون عن قتيلا فاللوث على الطائفة التى القتل من غيرها سواء كان القتال بالتحام أو مراعاة بالسهم ، وإن لم تبلغ السهام فاللوث على طائفة القتيل إذا ثبت هذا . الخ ، ومنه يتبين ما فى نسخ المغنى من سقط . (ف)

(٢) الامتيار : طلب الميرة ، وهى ما يحتاج إليه الإنسان من طعام وغيره .

والثاني : أن تتفرق جماعة عن قتيل ، فيسكون ذلك لوئاً في حق كل واحد منهم ، فإن ادعى الولي على واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ، ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الأصل عدم ذلك إلا أن يثبت ببينة .

الثالث : أن يزدحم الناس في مضيق ، فيوجد فيهم قتيل ، فظاهر كلام أحمد . أن هذا ليس بلوث فإنه قال فيمن مات بالزحام يوم الجمعة : فديته في بيت المال ، وهذا قول إسحاق ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، فإن سميد روى في سننه عن إبراهيم قال : قتل رجل في زحام الناس بعرفة ، فجاء أهله إلى عمر ، فقال : بينتكم على من قتله ، فقال على : يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم ، إن علمت قاتله وإلا فأعطه ديته من بيت المال ، قال أحمد فيمن وجد مقتولا في المسجد الحرام : ينظر من كان بينه وبينه شيء في حياته بمعنى عداوة يؤخذون ، فلم يحمل الحضور لوئاً . وإنما جعل اللوث العداوة ، وقال الحسن والزهري فيمن مات في الزحام : ديته على من حضر ، لأن قتله حصل منهم . وقال مالك : دمه هدر ، لأنه لا يعلم له قاتل ، ولا وجد لوث فيحكم بالقسامة .

وقد روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إليه في رجل وجد قتيلا لم يعرف قاتله ، فكتب إليهم : إن من القضايا قضايا لا يحكم فيها إلا في الدار الآخرة ، وهذا منها .

الرابع : أن يوجد قتيل لا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ، ولا يوجد غيره ممن يظن على الظن أنه قتله ، مثل أن يرى رجلا هارباً يحتمل أنه القاتل ، أو سبماً يحتمل ذلك فيه .

الخامس : أن يقتل فتان فيفترون عن قتيل من إحداها ، فاللوث على الأخرى ، ذكره القاضي . فإن كانوا بحيث لا تصل سهام بعضهم بعضاً فاللوث على طائفة القتل . هذا قول الشافعي .

وروى عن أحمد : أن عقل القتل على الذين نازعهم فيما إذا اقتتلت الفتتان إلا أن يدعوا على واحد بعينه ، وهذا قول مالك ، وقال ابن أبي ليلى ، على الفريقين جميعاً ، لأنه يحتمل أنه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه ، وعن أحمد في قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم . فدية المقتولين على المجروحين تسقط منها دية الجراح ، وإن كان فيهم من لا جرح فيه فهل عليه من الديات شيء ؟ على وجهين ذكرهما ابن حامد .

السادس : أن يشهد بالقتل عبيد ونساء ، فهذا فيه عن أحمد روايتان :

إحداها : أنه لوث ، لأنه يظن صدق المدعي في دعواه فأشبه العداوة .

والثانية : ليس بلوث ، لأنها شهادة محدودة فلم تكن لوئاً كما لو شهد به كفار ، وإن شهد به فساق أو صبيان فهل يكون لوئاً ؟ على وجهين :

أحدهما : ليس بلوث ، لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم ، فلا يثبت اللوث بها كشهادة الأطفال والمجانين .
والثانى : يثبت بها اللوث ، لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعى ، فأشبه شهادة النساء والعبيد
وقول الصبيان ممتبر فى الإذن فى دخول الدار ، وقبول الهدية ، ونحوها . وهذا مذهب الشافعى . ويعتبر
أن يحىء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق إليهم التواطؤ على الكذب .

فهذه الوجوه قد ذكر عن أحد أنها لوث ، لأنها يغلب على الظن صدق المدعى ، أشبهت العداوة .
وروى أن هذا ليس بلوث ، وهو ظاهر كلامه فى الذى قتل فى الزحام لأن اللوث إنما يثبت بالعداوة
بقضية الأنصارى القتل بخيبر ، ولا يجوز القياس ، لأن الحكم ثبت بالمظنة ، ولا يجوز القياس فى المظان ،
لأن الحكم إنما يتمدى بتمدى سببه ، والقياس فى المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون والحكم
والظنون تختلف ولا تأتلف وتنضب ولا تنضب وتختلف باختلاف القرائن والأحوال والأشخاص ،
فلا يمكن ربط الحكم بها ، ولا تمديته بتمديها ، ولأنه يعتبر فى التمعية والقياس التساوى بين الأصل
والفرع فى المقتضى ، ولا سبيل إلى يقين^(١) التساوى بين الظنين مع كثرة الاحتمالات ، وتردها ، فعلى
هذه الرواية : حكم هذه الصور حكم غيرها مما لا لوث فيه .

فصل

٧٠٢٧

وإن شهد رجلان على رجل أنه قتل أحد هذين القتيلين ، لم تثبت هذه الشهادة ، ولم يكن لوثاً عند
أحد علمائنا ، قوله وإن شهد أن هذا القتيل قتله أحد هذين الرجلين ، أو شهد أحدهما أن هذا قتله ،
وشهد الآخر أنه أقر بقتله ، أو شهد أحدهما أن هذا قتله بسيف ، وشهد الآخر أنه قتله بسكين ، لم تثبت
الشهادة ، ولم يكن لوثاً . هذا قول القاضى ، واختياره . والمنصوص عن أحد فيما إذا شهد أحدهما بقتله
والآخر بالإقرار بقتله أنه يثبت القتل . واختار أبو بكر ثبوت القتل ههنا . وفيما إذا شهد أحدهما أنه
قتله بسيف ، وشهد الآخر أنه قتله بسكين ، لأنهما اتفقا على القتل ، واختلفا فى صفته ، وقال الشافعى :
هو لوث فى هذه الصورة ، فى أحد القولين ، وفى الصورتين اللتين قبلهما هو لوث ، لأنها شهادة يغلب
على الظن صدق المدعى ، أشبهت شهادة النساء والعبيد . ولنا أنها شهادة مردودة للاختلاف فيها ، فلم
يكن لوثاً كالصورة الأولى .

فصل

٧٠٢٨

وليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وعن أحمد : أنه شرط

(١) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٣ « ولا سبيل إلى تغير التساوى بين الظنين ، ولعل الأصل ،
« ولا سبيل إلى يقين للتساوى بين الظنين » .

وهذا قول حماد وأبي حنيفة والثوري ، لأنه إذا لم يكن به أثر احتمل أنه مات حتف أنفه .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار : هل كان يقتلهم أثر أو لا ؟ ولأن القتل يحصل بما لا أثر له ، كغم الوجه ، والحنق ، وعصر الخصيتين ، وضربة الفؤاد ، فأشبهه من به أثر ، ومن به أثر قد يموت حتف أنفه ، لسقطته ، أو صرعه ، أو يقتل نفسه ، فعلى قول من اعتبر الأثر إن خرج الدم من أذنه فهو لوث ، لأنه لا يكون إلا بالحنق له ، أو أسر أصيب به ، وإن خرج من أنفه فهل يكون لوثاً ؟ على وجهين .

الفصل الثاني

٧٠٢٩

أن القسامة لا تثبت ما لم يفتق الأولياء على الدعوى ، فإن كذب بعضهم بعضاً ، فقال أحدهم : قتله هذا ، وقال الآخر : لم يقتله هذا ، أو قال : بل قتله هذا الآخر ، لم تثبت القسامة ، نص عليه أحمد ، وسواء كان المكذب عدلاً أو فاسقاً . وذكر عن الشافعي : أن القسامة لا تبطل بتكذيب الفاسق ، لأن قوله غير مقبول .

ولنا : أنه مقر على نفسه بقبرته من ادعى عليه أخوه ، فقبل كالأدعي ديناً لها ، وإنما يقبل قوله على غيره ، فأما على نفسه فهو كالمدل ، لأنه لا يثبت في حقها ، فأما إن لم يكذبه ، ولم يوافق في الدعوى مثل أن قال أحدهما قتله هذا ، وقال الآخر : لا نعلم قتله ، فظاهر كلام الخرقى أن القسامة لا تثبت ، لا شرطاً ادعاء الأولياء على واحد ، وهذا قول مالك ، وكذلك إن كان أحد الوليين غائباً فادعى الحاضر دون الغائب ، أو ادعيا جميعاً على واحد ، ونكل أحدهما عن الإيمان ، لم يثبت القتل في قياس قول الخرقى ومقتضى قول أبي بكر والقاضي ثبوت القسامة ، وكذلك مذهب الشافعي ، لأن أحدهما لم يكذب الآخر فلم تبطل القسامة ، كالأدعي كان أحد الوراثين امرأة أو صغيراً ، فعلى قولهم يحلف المدعي خمسين يميناً ، ويستحق نصف الدية ، لأن الإيمان هاهنا بمنزلة البينة ، ولا يثبت شيء من الحق إلا بعد كمال البينة ، فأشبهه ما لو ادعى أحدهما ديناً لأبيهما ، فإنه لا يستحق نصيبه من الدين إلا أن يقيم بينة كاملة وذكر أبو الخطاب فيما إذا كان أحدهما غائباً : أن الأول فيه وجهان :

أحدهما : أنه يحلف خمساً وعشرين يميناً ، وهذا قول ابن حامد ، لأن الإيمان مقسومة عليه وعلى أخيه ، بدليل ما لو كانا حاضرين متفقين في الدعوى ، ولا يحلف الإنسان عن غيره ، فلا يلزمه أكثر من حصته ، فإذا حضر الغائب أقسم خمساً وعشرين يميناً وجهاً واحداً ، لأنه يبنى على إيمان أخيه ، وذكر أبو بكر والقاضي في نظير هذه المسألة أن الأول يحلف خمسين يميناً .

وهل يحلف الثاني خمسين أو خمساً وعشرين ؟ على وجهين أحدهما يقول : يحلف خمسين لأن أخاه لم يستحق إلا بخمسين فكذلك هو .

وانسا : أنهما لم يتفقا في الدعوى ، فلم تثبت القسامة كالأو ككذبه ، ولأن الحق في محل الوفاق إنما يثبت بأيمانها التي أقيمت مقام البينة ، ولا يجوز أن يقوم أحدهما مقام الآخر في الأيمان ، كما في سائر الدعاوى ، فعلى هذا إن قدم للغائب فوافق أخاه ، أو عاد من لم يعلم ، فقال : قد عرفته هو الذي عينه أخى ، أقسم حينئذ ، وإن قال أحدهما : قتله هذا ، وقال الآخر : قتله هذا وفلان ، فعلى قول الخرقى لا تثبت للقسامة ، لأنها لا تكون إلا على واحد ، وعلى قول غيره يحلفان على من اتفقا عليه ، ويستحقان نصف الدية ، ولا يجب القود ، لأنه إنما يجب في الدعوى على واحد ، ويحلفان جميعاً على هذا الذي اتفقا عليه على حسب دعواهما ، ويستحقان نصف الدية ، ولا يجب أكثر من نصف الدية ، لأن أحدهما يكذب ، الآخر في النصف الآخر ، فبقي اللوث في حقه في نصف الدم الذي اتفقا عليه ، ولم يثبت في النصف الذي كذبه أخوه ، ولا يحلف الآخر على الآخر ، لأن أخاه كذبه في دعواه عليه ، وإن قال أحدهما قتل أبى زيد وآخر لا أعرفه ، وقال الآخر : قتله عمرو وآخر لا أعرفه ، لم تثبت القسامة في ظاهر قول الخرقى لأنها لا تكون إلا على واحد ، ولأنهما ما اتفقا في الدعوى على واحد ، ولا يمكن أن يحلفا على من لم يتفقا في الدعوى عليه ، والحق إنما ثبت في محل الوفاق بأيمان الجميع ، فكيف يثبت في الفرع بأيمان البعض ؟

وقال أبو بكر والقاضى : تثبت القسامة ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه ليس ههنا تكذيب فإنه يجوز أن يكون الذى جهله كل واحد منهما هو الذى عرفه أخوه فيحلف كل واحد منهما على الذى عينه خمسين يميناً ، ويستحق ربع الدية ، فإن عاد كل واحد منهما فقال : قد عرفت الذى جهله وهو الذى عينه أخى حلف أيضاً على الذى حلف عليه أخوه ، وأخذ منه ربع الدية ، ويحلف خسا وعشرين يميناً ، لأنه يبنى على أيمان أخيه ، فلم يلزمه أكثر من خمس وعشرين كالأو عرفه ابتداء . وفيه وجه آخر : أنه يحلف خمسين يميناً ، لأن أخاه حلف خمسين يميناً ، وللشافعى في هذا قولان كالوجهين .

ويجىء في المسألة وجه آخر وهو : أن الأول لا يحلف أكثر من خمسة وعشرين يميناً ، لأنه إنما يحلف على ما يستحقه والذي يستحقه النصف ، فيكون عليه نصف الأيمان ، كما لو حلف أخوه معه ، وإن قال كل واحد منهما : الذى كنت جهلته غير الذى عينه أخى ، بطلت القسامة التي أقسمها ، لأن التكذيب يقدح في اللوث ، فيرد كل واحد منهما ما أخذ من الدية ، وإن كذب أحدهما أخاه ولم يكذبه الآخر بطلت قسامة المكذب دون الذى لم يكذب .

فصل

٧٠٣٠

وإن قال الولي بمد القسامة غلط ، ما هذا الذى قتله ، أو : ظلمته بدعوى القتل عليه ، أو قال :

كان هذا المدعى عليه في بلد آخر يوم قتل وإي ، وكان بينهما بُعد لا يمكن أن يقتله إذا كان فيه بطلت القسمات ، ولزمه رد مأخذه ، لأنه مقرر على نفسه ، فقبل إقراره ، وإن قال : ما أخذه حرام ، سئل عن ذلك ، فإن قال : أردت أنني كذبت في دعواي عليه ، بطلت قسماته أيضاً . وإن قال : أردت أن الأيمان تكون في جنبة المدعى عليه كذهب أبي حنيفة لم تبطل القسمات ، لأنها ثبتت باجتهاد الحساكم ، فيقدم على اعتقاده ، وإن قال : هذا منصوب ، وأقر بمن غصب منه ، لزمه رده عليه ، ولا يقبل قوله على من أخذه منه ، لأن الإنسان لا يقبل إقراره على غيره . وإن لم يقربه لأحد لم ترفع يده عنه ، لأنه لم يطمئن مستحقه . وإن اختلفا في مراده بقوله فالقول قوله ، لأنه أعرف بقصده .

فصل

٧٠٣١

وإن أقام المدعى عليه بيعة أنه كان يوم القتل في بلد بعيد من بلد المقتول ، لا يمكن مجيئه منه إليه في يوم واحد ، بطلت الدعوى وإن قالت البيعة : نشهد أن فلاناً لم يقتله ، لم نسمع هذه الشهادة ، لأنه نفي مجرد ، فإن قال : ما قتله فلان بل قتله فلان سمعت ، لأنها شهدت بإثبات تضمن النفي فسمعت كما لو قالت ما قتله فلان ، لأنه كان يوم القتل في بلد بعيد .

فصل

٧٠٣٢

فإن جاء رجل فقال : ما قتله هذا المدعى عليه ، بل أنا قتله ، فكذبه الولي لم تبطل دعواه ، وله القسمات ، ولا يلزمه رد الدية إن كان أخذها ، لأنه قول واحد ، ولا يلزم المقر شيء ، لأنه أقر لمن يكذبه وإن صدقه الولي أو طالبه بموجب القتل لزمه رد مأخذه ، وبطلت دعواه على الأول ، لأن ذلك جرى مجرى الإقرار ببطلان الدعوى ، وهل له المطالبة المقر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له المطالبة ، لأنه أقر له بحق ، فملك المطالبة به كسائر الحقوق .

والثاني : ليس له المطالبة ، لأن دعواه على الأول انفراداً بالقتل إبراء لغيره ، فلا يملك المطالبة من أبرأه والمنصوص عن أحمد رحمه الله : أنه يسقط القود عنهما ، وله المطالبة الثاني بالدية ، فإنه قال في رجل شهد عليه شاهدان بالقتل فأخذ ليعتاد منه لجاء رجل فقال : ما قتله هذا ، أنا قتله : فاقود يسقط عنهما ، والدية على الثاني .

ووجه ذلك ما روى أن رجلاً ذبح رجلاً في خربة وتركه وهرب ، وكان قصاب قد ذبح شاة وأراد ذبح أخرى فهربت منه إلى الخربة ، فتبعها حتى وقف على القتييل والسكين بيده ماطخة بالدم ، فأخذ على تلك الحال ، وجيء به إلى عمر رضي الله عنه ، فأمر بقتله فقال القاتل في نفسه : ياويله ، قتلت نفساً وبقتل بسببي آخر ، فقام فقال : أنا قتله ، ولم يقتله هذا ، فقال عمر : إن كان قد قتل نفساً فقد أحميا نفساً ، ودرأ

منه القصاص ، ولأن الدعوى على الأول شبهة فى درء القصاص عن الثانى ، وتجب الدية عليه لإقراره بالقتل الموجب لها ، وهذا القول أصح وأعدل ، مع شهادة الأثر بصحته .

الفصل الثالث

٧٠٣٣

أن الأولياء إذا ادعوا القتل على من بينه وبين القاتل لو شرعت اليمين فى حق المدعين أولاً ، فيحلفون خمسين يميناً على المدعى عليه إنه قتله ، وثبت حقهم قبله ، فإن لم يحلفوا استحلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرى ، وبهذا قال يحيى بن سعيد ، وربيعه ، وأبو الزناد ، ومالك ، والشافعى . وقال الحسن : يستحلف المدعى عليهم أولاً خمسين يميناً ، ويبرءون ، وإن أبوا أن يحلفوا استحلف خمسون من المدعين أن حقنا قبلكم ، ثم يعطون الدية ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . رواه مسلم ، وفى لفظ : « اليمين على المدعى واليمين على المدعى عليه » . رواه الشافعى فى مسنده . وروى أبو داود بإسناده عن ^(١) سليمان بن يسار ، عن رجال من الأنصار : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم : « يحلف منكم خمسون رجلاً » ، فأبوا ، فقال للأنصار : « استحيوا » قالوا : نحلف على التائب يا رسول الله ؟ فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(٢) على اليهود ، لأنه وجد بين أظهرهم ، ولأنها يمين فى دعوى ، فوجبت فى جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى وقال الشعبي ، والنخعي ، والثوري ، وأصحاب الرأى : يستحلف خمسون رجلاً من أهل الحلة التى وجد فيها القاتل بالله ما قتلناه ، ولا علمنا [له] قاتلاً ، ويقرمون الدية ، لقضاء عمر بذلك ، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً وتكلموا فى حديث سهل بما روى أبو داود عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التميمي عن عبد الرحمن ^(٣) ونجيد بن قبطى أحد بنى حارثة ، قال محمد بن إبراهيم : وأيم الله ما كان سهل بأعلم منه ، ولكنه كان أسن منه . قال : والله ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : احلفوا على ما لا علم لكم به ، واسكنه كعب إلى يهود حين كلمه الأنصار : « إنه وجد بين أياتكم قاتل فدوه »

(١) فى سنن أبي داود ج ٢ ص ٨٧ ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار ، (ف)

(٢) فى سنن أبي داود ، فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود ، (ف)

(٣) لفظ أبي داود كما فى سننه ج ٢ ص ٨٧ ، ... عن محمد بن إبراهيم بن الحارث عن عبد الرحمن ابن بجيد قال : إن سهلاً والله أوهم الحديث ، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى يهود : أنه قد وجد بين أظهركم قاتل فدوه ، فكتبوا يحلفون بالله خمسين يميناً : ما قتلناه ولا علمنا قتيلاً . قال : فواده رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده مائة ناقة ، ومنه يعلم أن (عبد الرحمن وبجيد) كما فى المغنى طبعة رشيد ج ١٠ ص ١٩ والفق ج ٨ ص ٧٦ - خطأ والصواب (عبد الرحمن بن بجيد) كذلك يعلم زيادة (ابن قبطى) أو (ابن قبطى) كما فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٩ ولا أصل لها فى أبي داود وهى خطأ والصواب (بجيد بن وهب) كما فى ذخائر المواريث ج ٢ ص ٢٢٢ وتقريب التهذيب ج ١ ص ٤٧٣ (ف)

فكتبوا يحلفون بالله ما قتلوه ، ولا يملكون له قاتلاً ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده .
ولنا : حديث سهل ، وهو صحيح متفق عليه ، ورواه مالك في موطئه ، وعمل به ، وما عارضه من
الحديث لا يصح لوجوه :
أحدها : أنه نفي ، فلا يرد به قول المثلث .

والثاني : أن سهلاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم شاهد القصة وعرفها ، حتى أنه قال :
ركضتني ناقة من تلك الإبل ، والآخر يقول برأيه وظنه من غير أن يرويه عن أحد ولا حضر القصة .
والثالث : أن حديثنا مخرج في الصحيحين متفق عليه ، وحديثهم بخلافه .

الرابع : أنهم لا يعملون بحديثهم ولا حديثنا ، فكيف يحتجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه فيه ؟
وحديث سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار ، ولم يذكر لهم صحبة ، فهو أدنى لهم من حديث محمد بن
إبراهيم ، وقد خالف الحديثين جميعاً ، فكيف يجوز أن يعتمد عليه ؟ وحديث « اليمين على المدعى عليه »
لم ترد به هذه القصة ، لأنه يدل على أن الناس لا يملطون بدعواهم ، وهنا قد أعطوا بدعواهم ، على أن
حديثنا أخص منه ، فيجب تقديمه ، ثم هو حجة عليهم ، لتكون المدعين أعطوا بمجرد دعواهم من غير
بينة ، ولا يمين منهم ، وقد رواه ابن عبد البر بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة » . وهذه الزيادة بيمين
العمل بها ، لأن الزيادة من الثقة مقبولة ، ولأنها أيمان مكررة ، فيبدأ فيها بأيمان المدعين كاللعان .
إذا ثبت هذا فإن أيمان القسامة خمسون سرودة على ما جاءت به الأحاديث الصحيحة ، وأجمع عليه
أهل العلم ، لأنهم أحداً خالف فيه .

الفصل الرابع

٧٠٣٤

أن الأولياء إذا حلفوا استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمداً إلا أن يمنع منه مانع ، روى ذلك
عن ابن الزبير ، وعن عمر بن عبد العزيز وبه قال مالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وعن معاوية ، وابن
عباس ، والحسن ، وإسحاق : لا تجب بها الدية ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم لليهود : « إما أن تدوا
صاحبكم ، وإما أن تؤذنوا بحرب من الله »^(١) ، ولأن أيمان المدعين إنما هي بغلبة الظن ، وحكم الظاهر ،
فلا يجوز إشاطة الدم بها ، لقيام الشبهة المتمكنة منها ، ولأنها حجة لا يثبت بها النكاح ، ولا يجب بها
القصاص كالشاهد واليمين ، وللاشافى قولان كالذهبي .

(١) أخرجه أبو داود عن سهل بن أبي حشمة ج ٢ ص ٤٨٥ وفيه فكتب لإيهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم بذلك (ف) .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « يقسم خسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته » .
وفى رواية مسلم : « فيسلم إليكم » . وفى لفظ : « وتستحقون^(١) دم صاحبكم » فأراد دم القاتل ، لأن دم
القتيل ثابت لم قبل اليمين - والرمة : الحبل الذى يربط به من عليه القود - ولأنها حجة يثبت بها العمد ،
فيجب بها القود كالبينة . وقد روى الأثرم بإسناده عن عاصم الأحول أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد
بالقسامة الطائفة ، وهذا نص ، ولأن الشارع جعل القول قول المدعى مع يمينه احتياطاً للدم ، فإن لم يجب
القود سقط هذا المعنى .

مسألة

٧٠٣٥

قال : « فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خسين يميناً وبرىء » .
هذا ظاهرذهب . وبه قال يحيى بن سعيد الأنصارى ، وربيعه ، وأبو الزناد ، ومالك ، والليث ،
والشافعى ، وأبو ثور ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد : أنهم يحلفون ويفرمون الدية ، لقضية
عمر ، وخبر سليمان بن يسار ، وهو قول أصحاب الزأى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « فتبرئكم^(٢) يهود بأيمان خسين منهم » أى : يتبرءون
منكم ، وفى لفظ قال : « فيحلفون خسين يميناً ويبرءون من دمه » ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه
وسلم لم يفرم اليهود ، وأنه أداها من عنده ، ولأنها أيمان مشروعة فى حق المدعى عليه ، فيبرأ بها كسائر
الأيمان ، ولأن ذلك إعطاء بمجرد الدعوى ، فلم يجز للخبر ، ومخالفة مقتضى الدالـل ، فإن قول الإنسان
لا يقبل على غيره بمجرد كدعوى المال ، وسائر الحقوق ، ولأن فى ذلك جمعاً بين اليمين والغرم فلم يشرع
كسائر الحقوق .

مسألة

٧٠٣٦

قال : « فإن لم يحلف المدعون ، ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداء الإمام من بيت المال » .
بمعنى : أذى دية ، لقضية عبد الله بن سهل حين قتل بنخير ، فأبى الأنصار أن يحلفوا ، وقالوا : كيف
نقبل أيمان قوم كفار ؟ فوداه النبي صلى الله عليه وسلم من عنده كراهية أن يطل دمه ، فإن تعذر فداؤه
من بيت المال لم يجب على المدعى عليهم شيء ، لأن الذى يوجب عليهم اليمين ، وقد امتنع مستحقوها من
استيفائها ، فلم يجب لهم غيرها كدعوى المال .

(١) أخرجه أيضاً مسلم ج ٢ ص ١١٩٥ (ف)

(٢) أخرجه مسلم ج ٣ ص ١١٩٢ عن سهل بن أبي حنيفة ورافع بن خديج (ف)

٧٠٣٧

فصل

وإن امتنع المدعى عليهم من اليمين لم يحبسوا حتى يحلفوا ، وعن أحمد رواية أخرى : أنهم يحبسون حتى يحلفوا ، وهو قول أبي حنيفة .

والنا : أنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه ، فلم يحبس عليها كسائر الأيمان . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يجب للقصاص بالنكول ، لأنه حجة ضعيفة ، فلا يشاط بها الدم كالشاهد واليمين . قال القاضي : ويذهب الإمام من بيت المال نص عليه أحمد . وروى عنه حرب بن إسماعيل أن الدية تجب عليهم ، وهذا هو الصحيح وهو اختيار أبي بكر ، لأنه حكم ثبت بالنكول ، فيثبت في حقهم هاهنا كسائر الدعاوى ، ولأن وجوبها في بيت المال بفضى إلى إهدار الدم وإسقاط حق المدعين ، مع إمكان جبره ، فلم يميز كسائر الدعاوى ، ولأنها يمين توجهت في دعوى أمكن إيجاب المال بها ، فلم تخل من وجوب شيء على المدعى عليه ، كافي سائر الدعاوى ، وهاهنا لو لم يجب على المدعى عليه مال بنكوله ، ولم يجبر على اليمين بخلاف من وجوب شيء عايه بالكلية .

وقال أصحاب الشافعي : إذا نكل المدعى عليهم ردت الأيمان على المدعين إن قلنا : موجبها المال ، فإن حلفوا استحقروا ، وإن نكلوا فلا شيء لهم ، وإن قلنا : موجبها القصاص فمل ترد على المدعين ؟ فيه قولان ، وهذا القول لا يصح : لأن اليمين إنما شرعت في حق المدعى عليه إذا نكل منها المدعى ، فلا ترد عليه كالترد على المدعى عليه إذا نكل المدعى عنها بعد ردها عليه في سائر الدعاوى ، ولأنها يمين مردودة على أحد المتداعيين^(١) فلا ترد على من ردها كدعوى المال .

مسألة

٧٠٣٨

قال : ﴿ وإذا شهدت البينة العادلة أن الجروح قال : دى عند فلان ، فليس ذلك بموجب للقسامة ، ما لم يكن لوث ﴾ .

هذا قول أكثر أهل العلم . منهم الثوري ، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي ، وقال مالك والليث : هو لوث ، لأن قتيل بنى إسرائيل قال : قتلني فلان ، فكان حجة ، وروى هذا القول عن عبد الملك بن مروان .^٢

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لو يعطى الناس بدعواه لادى قوم دماء رجال وأموالهم » . ولأنه يدعى حقاً لنفسه ، فلم يقبل قوله كالو لم يمت ، ولأنه خصم فلم تكن دعواه لوثا كالو ، فأما قتيل

بنى إسرائيل فلا حجة فيه ، فإنه لا قسامة فيه ، ولأن ذلك كان من آيات الله ، ومجرات نبيه موسى عليه السلام ، حيث أحياء الله تعالى بعد موته ، وأنطقه بقدرته بما اختلفوا فيه ، ولم يكن الله لينطقه بالكذب بخلاف الحى ، ولا سبيل إلى مثل هذا اليوم ، ثم ذلك في تنزيه المتهمين ، فلا يجوز تعديتها إلى تهمة البريئين .

مسألة

٧٠٣٩

قال : (والنساء والصبيان لا يقسمون) .

يعنى إذا كان المستحق نساء وصبياناً لم يقسموا ، أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم [فى] أنهم لا يقسمون ، سواء كانوا من الأولياء أو مدعى عليهم ، لأن الأيمان حجة للحالف ، والصبي لا يثبت بقوله حجة ، ولو أقر على نفسه لم يقبل ، فلا لا يقبل قوله فى حق غيره أولى ، وأما النساء فإذا كن من أهل القتل لم يستحلفن ، وبهذا قال ربيعة ، والثورى ، والليث ، والأوزاعى . وقال مالك : لمن مدخل فى قسامة الخطأ دون العمد . قال ابن القاسم : ولا يقسم فى العمد إلا أنسان فصاعداً ، كما أنه لا يقتل إلا شاهدين . وقال الشافعى : يقسم كل وارث بالغ ، لأنهم أيمى فى دعوى ، فشرع فى حق النساء كسائر الأيمان .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون رجلاً منكم وتستحقون دم صاحبكم » ، ولأنها حجة يثبت بها قتل العمد ، فلا تسمع من النساء كالشهادة ، ولأن الجنائية المدعاة التى تجب القسامة عليها هى القتل ، ولا مدخل للنساء فى إثباته ، وإنما يثبت المال ضمناً ، فجرى ذلك مجرى رجل ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثها ، فإن ذلك لا يثبت بشاهد ويمين ، ولا بشهادة رجل وأمرأتين ، وإن كان مقصودها المال ، فأما إن كانت المرأة مدعى عليها للقتل ، فإن قلنا : إنه يقسم من العصابة رجال لم تقسم المرأة أيضاً ، لأن ذلك مختص بالرجال . وإن قلنا : يقسم المدعى عليه فيذبى أن تستحلف ، لأنها لا تثبت بقولها حقاً ولا قتلاً ، وإنما هى لتبرئتها منه ، فشرع فى حقها اليمين ، كما لو لم يكن لوث .

فعلى هذا إذا كان فى الأولياء نساء ورجال أقسم الرجال وسقط حكم النساء ، وإن كان فيهم صبيان ورجال بالغون أو كان فيهم جاضرون وغائبون ، فقد ذكرنا من قبل أن القسامة لا تثبت حتى يحضر الغائب ، فكذا لا تثبت حتى يبلغ الصبي ، لأن الحق لا يثبت إلا بيمينته الكاملة ، واليمين أيمان الأولياء كلهم والأيمان لا تدخلها النيابة ، ولأن الحق إن كان قصاصاً فلا يمكن تبويضه ، فلا فائدة فى قسامة الحاضر البالغ ، وإن كان غيره فلا تثبت إلا بواسطة ثبوت القتل ، وهو لا يتبعض أيضاً . وقال القاضى : إن كان القتل عمداً لم يقسم الكبير حتى يبلغ الصغير ، ولا الحاضر حتى يقدم الغائب ، لأن حلف الكبير

الحاضر لا يفيد شيئاً في الحال ، وإن كان موجباً للدال كالخطأ وعدم الخطأ ، فللحاضر المكلف أن يحلف ويستحق قسطه من الدية ، وهذا قول أبي بكر ، وابن حامد ، ومذهب الشافعي .

واختلفوا في كم يقسم الحاضر ؟ فقال ابن حامد : يقسم بقسطه من الأيمان فإن كان الأولياء اثنين أقسم الحاضر خمساً وعشرين يميناً ، وإن كانوا ثلاثة أقسم سبع عشرة يميناً ، وإن كانوا أربعة أقسم ثلاثة عشر يميناً ، وكلما قدر غائب أقسم بقدر ما عليه واستوفى حقه ، لأنه لو كان الجميع حاضرين لم يلزمه أكثر من قسطه ، وكذلك إذا غاب بعضهم كما في سائر الحقوق ، ولأنه لا يستحق أكثر من قسطه من الدية ، فلا يلزمه أكثر من قسطه من الأيمان . وقال أبو بكر : يحلف الأول خمسين يميناً ، وهذا قول الشافعي ولأن الحكم لا يثبت إلا بالبيعة الكاملة ، والبيعة هي الأيمان كلها ، ولذلك لو ادعى أحدهما ديناً لأبيهما لم يستحق نصيبه منه إلا بالبيعة المثبتة لجميعه ، ولأن الحسين في القسامة كاليمين الواحدة في سائر الحقوق .

ولو ادعى ما لا له فيه شركة له به شاهد لحلف يميناً كاملة ، كذلك هذا . فإذا قدم الثاني أقسم خمساً وعشرين يميناً وجهاً واحداً عند أبي بكر ، لأنه يبنى على أيمان أخيه المتقدمة . وقال الشافعي : فيه قول آخر ، أنه يقسم خمسين يميناً أيضاً ، لأن أخاه إنما استحق بخمسين ، فكذلك هو ، فإذا قدم ثالث وبلغ فعلى قول أبي بكر يقسم سبع عشرة يميناً ، لأنه يبنى على أيمان أخويه ، وعلى قول الشافعي فيه قولان . أحدهما : أنه يقسم سبع عشرة يميناً . والثاني : خمسين يميناً وإن قدم رابع كان على هذا المثال والله أعلم .

فصل

٧٠٤٠

والخفى المشكل يحتمل أن يقسم ، لأن سبب القسامة وجد في حقه وهو كونه مستحقاً للدم ، ولم يتحقق المانع من يمينه ، ويحتمل ألا قسامة عليه ، لأنه لا يعقل من العقل ، ولا يثبت القتل بشهادته أشبه المرأة .

مسألة

٧٠٤١

قال : ﴿ وإذا خلف المقتول ثلاثة بنين جبر الكسر عليهم ، خلف كل واحد منهم سبع عشرة يميناً ﴾ .

واختلفت الرواية عن أحمد فيمن تجب عليه أيمان القسامة .

فروى أنه يحلف من العصبة الوارث منهم وغير الوارث خمسون رجلاً ، كل واحد منهم يميناً واجدة ،

وهذا قول لمالك . فعلى هذا يحلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه ، فإن لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر المصبة ، يؤخذ الأقرب منهم فالأقرب من قبيلته التى ينتسب إليها ، ويعرف كيفية نسبه من المقتول . فأما من عرف أنه من القبيلة ولم يعرف وجه النسب لم يقسم^(١) ، مثل أن يكون الرجل قرشياً ، والمقتول قرشى ، ولا يعرف كيفية نسبه منه ، فلا يقسم ، لأننا نعلم أن الناس كلهم من آدم ونوح ، وكلهم يرجعون إلى أب واحد ، ولو قتل من لا يعرف نسبه لم يقسم عنه سائر الناس ، فإن لم يوجد من نسبه خسون رددت الأيمان عليهم ، وقسمت بينهم ، فإن انكسرت عليهم جبر كسرهما عليهم ، حتى تباغ خمسين ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم للأَنْصار : « يحلف خسون رجلاً مفكاً وتستحقون دم صاحبكم » ، وقد علم النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يكن لعبد الله بن سهل خسون رجلاً وارثاً فإنه لا يرثه إلا أخوه أو من هو فى درجته ، أو أقرب منه نسباً ، ولأنه خاطب بهذا بنى عمه ، وم غير وارثين .

والرواية الثانية : لا يقسم إلا الوارث ، وتعرض الأيمان على ورثة المقتول دون غيرهم ، على حسب موارثهم ، هذا ظاهر قول الخرقى ، واختيار ابن حامد ، وقول الشافعى ، لأنها يمين فى دعوى حق ، فلا تشرع فى حق غير المدعىين ، كسائر الأيمان ، فعلى هذه الرواية تقسم بين الورثة من الرجال من ذوى الفروض والمصبات على قدر إرثهم ، فإن انقسمت من غير كسر مثل أن يحلف المقتول اثنين أو أخاً وزوجاً حلف كل واحد كل واحد منهم خمساً وعشرين يميناً ، وإن كانوا ثلاثة بنين وجداً أو أخوين جبر المكسر عليهم لحلف كل واحد منهم سبع عشرة يميناً ، لأن تكميل اليمين واجب ، ولا يمكن تبويض اليمين ولا حل بعضها لها من بعض ، فوجب تكميل اليمين المكسرة فى حق كل واحد منهم . وإن خلف أخاً من أب وأخاً من أم فعلى الأخ من الأم سدس الأيمان ، ثم يجبر المكسر فيكون عليه تسع أيمان ، وعلى الأخ من الأب اثنتان وأربعون . وهذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : يحلف كل واحد من المدعين خمسين يميناً ، سواء تساوا فى الميراث أو اختلفوا فيه ، لأن ما حلفه الواحد إذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى ، وعن مالك أنه قال : ينظر إلى من عليه أكثر اليمين ، فيجبر عليه ويسقط عن الآخر .

ولنا : على أن الخمسين تقسم بينهم قول النبي صلى الله عليه وسلم للأَنْصار : « تحافون خمسين^(٢) يميناً وتستحقون دم صاحبكم » . وأكثر ما روى عنه فى الأيمان خسون ، ولو حلف كل واحد خمسين لكانت مائة ومائتين ، وهذا خلاف النص ، ولأنها حجة المدعين ، فلم ترد على ما يشرع فى حق الواحد كالبينة .

(١) فى ١٨ : فلا يقسم .

(٢) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ ج ٢ ص ٤٨٥ (ف)

وفارق اليمين على المدعى عليه ، فإنها ليست حجة للمدعى ، ولأنها لم يمكن قسمتها ، فهلك في حق واحد كاليمين المنكسرة في القسامة ، فإنها تجبر وتكمل في حق كل واحد ، لكونها لا تنقسم ، ومالا ينقسم بكل كإطلاق والعناق ، وما ذكره مالك لا يصح ، لأنه إسقاط لليمين عن عليه بعضها ، فلم يجز كالو تساوى الكسران ، بأن يكون على كل واحد من الاثنين نصفها أو على كل واحد من الثلاثة ثلثها ، وبالقياس على من عليه أكثرها ، ولأن اليمين في سائر الدعاوى تكمل في حق كل واحد ، ويستوى من له في المدعى كثير وقليل ، كذا هاهنا ، ولأنه يفضى إلى أن يتحمل اليمين غير من وجبت عليه عن وجبت عليه ، فلم يجز ذلك كاليمين الكاملة وكالجزء الأكثر .

فصل

٧٠٤٢

فإن كان فيهم من لاقسامه عليه بحال ، وهو النساء سقط حكمه ، فإذا كان ابن وبنت حلف الابن الخمسين كلها ، وإن كان أخ وأخت لأم وأخ وأخت لأب قسمت الأيمان بين الأخوين على أحد عشر ، على الأخ من الأم ثلاثة وعلى الآخر ثمانية ، ثم يجبر الكسر عليهما فيحلف الأخ من الأب سبعة وثلاثين يميناً ، والأخ من الأم أربع عشرة يميناً .

فصل

٧٠٤٣

فإن مات استحق انتقال إلى وارثه ما عليه من الأيمان ، وكانت الأيمان بينهم على حسب موارثهم ، ويجبر الكسر فيها عليهم ، كما يجبر في حق ورثة القتل ، وإن مات بعضهم قسم نصيبه من الأيمان بين ورثته ، فلو كان للقتيل ثلاثة بنين كان على كل واحد سبع عشرة يميناً ، فإن مات بعضهم قبل أن يقسم وخلف ثلاثة بنين قسمت أيمانه بينهم ، فكان على كل واحد منهم ستة أيمان وإن خلف ابنتين حلف كل واحد تسعة أيمان وإنما قلنا هذا لأن الوارث يقوم مقام الموروث في إثبات حججه كما يقوم مقامه في استحقاق ماله وهذا من حججه ولذلك يملك إقامة البينة والحلف في الإنكار ومع الشاهد الواحد في دعوى المال ، وإن كان موته بعد شروعه في الأيمان لحلف بعضها فإن ورثته يستأنفون الأيمان ولا يبنون على أيمانه لأن الخمسين جرت مجرى اليمين الواحدة ولأنه لا يجوز أن يستحق أحد يمينين غيره ولا يبطل هذا بما إذا حلف جميع الأيمان ثم مات لأنه يستحق المال إرثاً عنه لا يمينه ولأنه إذا حلف الوارثان كل واحد خساً وعشرين يميناً فإن الدية تستحق يمينهما لأنهما يشتركان في الأيمان ويستحق كل واحد بقدر أيمانه ، ولا يستحق يمين غيره وإن كان اجتماع العدد شرطاً في استحقاقها .

فصل

٧٠٤٤

ولو حلف بعض الأيمان ثم جن ثم أفاق فإنه يتم ولا يلزمه الاستئناف لأن أيمانه وقعت موقعها

وفارق الموت لأن الموت يتمر منه إتمام الأيمان منه وغيره لا يبنى على يمينه وههنا يمكنه أن يتمها إذا أفاق ولا تبطل بالتفريق بدليل أن الحاكم إذا حلفه بعض الأيمان ثم تشاغل عنه لم تبطل ويتمها وما لا يبطله التفريق لا يبطله تحلل الجنون له كالسعى بين الصفا والمروة ، وإن حلف بعض الأيمان ثم عزل الحاكم وولى غيره أتمها عند الثاني ولم يلزمه استئنافها لأن الأيمان وقعت موقعها وكذلك لو حلف بعضها ثم سأل الحاكم إنظاره فأنظره بنى على ماضى ولم يلزمه الاستئناف لما ذكرنا .

٧٠٤٥

فصل

إذا ردت الأيمان على المدعى عليهم وكان عدداً لم تجز على أكثر من واحد فيحلف خمسين يميناً ، وإن كانت عن غير عمد كالخطأ وشبه العمد فظاهر كلام الخرق أنه لا قسامة في هذا ، لأن القسامة من شرطها اللوث ، والعداوة إنما أثرها في تعدد القتل ، لافي خطئه ، فإن احتمال الخطأ في العمد وغيره سواء ، وقال غيره من أصحابنا : فيه قسامة ، وهو قول الشافعى ، لأن اللوث لا يختص العداوة عندهم ، فعلى هذا تجوز الدعوى على جماعة . فإذا ادعى على جماعة لزم كل واحد منهم خمسون يميناً .

وقال بعض أصحابنا : تقسم الأيمان بينهم بالحصص كتقسمها بين المدعين ، إلا أنها ههنا تقسم بالسوية ، لأن المدعى عليهم متساوون فيها ، فهم كبنى الميت . وللشافعى قولان كالوجهين والحجة لهذا القول : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « تبرئكم^(١) يهود بخمسين يميناً » ، وفى لفظ قال : « فيحلفون لكم خمسين يميناً ويبرأون من دمه » . ولأنهم أحد المتداعيين فى القسامة ، فتسقط الأيمان على عددهم كالمدين . وقال مالك : يحلف من المدعى عليهم خمسون رجلاً خمسين يميناً ، فإن لم يبلغوا خمسين رجلاً رددت على من حلف منهم ، حتى تسكنل خمسين يميناً . فإن لم يوجد أحد يحلف إلا الذى ادعى عليه حلف وحده خمسين يميناً ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « فتبرئكم يهود بخمسين يميناً » .

ولذا : أن هذه أيمان يبرىء بها كل واحد نفسه من القتل ، فكان على كل واحد خمسون ، كما لو ادعى على كل واحد وحده قتيلاً ، ولأنه لا يبرىء المدعى عليه حال الاشتراك إلا ما يبرئته حال الانفراد ، ولأن كل واحد منهم يحلف على غير ما حلف عليه صاحبه بخلاف المدعين ، فإن أيمانهم على شيء واحد ، فلا يلزم من تافيقها تافيق ما يختلف مدلوله أو مقصوده .

٧٠٤٦

مسألة

قال : (وسواء كان المفتون مسلماً أو كافراً ، حراً أو عبداً ، إذا كان المقتول يقتل به المدعى عليه إذا ثبت عليه القتل ، لأن القسامة توجب القود ، إلا أن يجب الأولياء أخذ الدية) .

أما إذا كان المقتول مسلماً حراً فليس فيه اختلاف ، سواء كان المدعى عليه مسلماً أو كافراً ، فإن الأصل في القسامة قصة عبد الله بن سهل حين قتل بخير ، فاتهم اليهود بقتله ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقسامة .

وأما إن كان المقتول كافراً أو عبداً وكان قاتله ممن يجب عليه القصاص بقتله ، وهو المائل له في حاله ، ففيه القسامة ، وهذا قول الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال الزهري ، والثوري ، ومالك ، والأوزاعي لا قسامة في العبد ، فإنه مال ، فلم تجب القسامة فيه كقتل البهيمة .

ولنا : أنه قتل موجب للقصاص ، فأوجب القسامة كقتل الحر . وفارق البهيمة ، فإنها لا قصاص فيها ، ويقسم على العبد سيده ، لأنه المستحق لدمه ، وأم الولد والمدر والمكاتب والمعلق عتقه بصفة كاتن ، لأن الرق ثابت فيهم ، وإن كان القاتل ممن لا قصاص عليه كالمسلم بقتل كافراً ، والحر بقتل عبداً ، فلا قسامة فيه في ظاهر قول الخرق ، وهو قول مالك ، لأن القسامة إنما تكون فيما يوجب القود ، وقال القاضي : فيها القسامة ، وهو قول الشافعي ، وأصحاب الرأي لأنه قتل أدى يوجب الكفارة ، فشرعت القسامة فيه ، كقتل الحر المسلم ، ولأن ما كان حجة في قتل الحر المسلم كانت حجة في قتل العبد الكافر كالبيضة .

ولنا : أنه قتل لا يوجب القصاص ، فأشبهه قتل البهيمة ، ولا يلزم من شرعها فيما يوجب القصاص شرعها مع عدمه ، بدليل أن العبد إذا اتهم بقتل سيده شرعت القسامة إذا كان القتل موجباً للقصاص . ذكره القاضي ، لأنه لا يجوز قتله قبل ذلك ، ولو لم يكن موجباً للقصاص لم تشرع القسامة .

فصل

٧٠٤٧

وإن قتل عبد المكاتب فلامكاتب أن يقسم على الجاني ، لأنه مالك للعبد يملك التصرف فيه وفي بدله ، وليس لسيده انتزاعه منه ، وله شراؤه منه ، ولو اشترى المأذون له في التجارة عبداً فقتل فالقسامة لسيده دونه ، لأن ما يبتاعه المأذون يملكه سيده دونه ، ولهذا يملك انتزاعه منه ، وإن عجز المكاتب قبل أن يقسم فليسيده أن يقسم ، لأنه صار المستحق لبدل المقتول بمنزلة ورثة الحر إذا مات قبل أن يقسم ، ولو ملك السيد عبده ، أو أم ولده عبداً ، فقتل ، فالقسامة للسيد . سواء قلنا : يملك العبد بالتمايك أو لا يملك ، لأنه إن لم يملك فالملك لسيده ، وإن ملك فهو ملك غير ثابت ، ولهذا يملك سيده انتزاعه منه ، ولا يجوز له التصرف بغير إذن سيده ، بخلاف المكاتب ، وإن أوصى لأم ولده ببدل العبد صح الوصية ، وإن كان لم يجب بعد ، كما تصح الوصية بشمرة لم تخلق ، والقسامة للورثة ، لأنهم القائمون مقام

الموسى فى إثبات حقوقه ، فإذا حلفوا ثبت لما الهدل بالوصية ، وإن لم يحلفوا لم يكن لها أن تحلف ، كما إذا امتنع الورثة من اليمين مع الشاهد لم يكن للفرماء أن يحلفوا معه .

فصل

٧٠٤٨

والمحجور عليه لسفه أو فلس كغير المحجور عليه فى دعوى القتل والدعوى عليه ، إلا أنه إذا أقر بماله أو لزمته الدية بالنكول عن اليمين لم يلزمه فى حال حجره ، لأن إقراره بالمال فى الحال غير مقبول بالنسبة إلى أخذ شيء من ماله فى الحال على ما عرف فى موضعه .

فصل

٧٠٤٩

ولو جرح مسلم فارتد ومات على الردة فلا قسامة فيه ، لأن نفسه غير مضمونة ، وإنما يضمن الجرح ، ولا قسامة فيما دون النفس ، ولأن ماله يصير فيئاً ، والفيء ليس له مستحق معين فنثبت القسامة له . وإن مات مسلماً فارتد وارتد قبل القسامة فقال أبو بكر : ليس له أن يقسم ، وإن أقسم لم يصح ، لأن ملكه يزول عن ماله وحقوقه ، فلا يبقى مستحقاً للقسامة . وهذا قول الزنى ، ولأن المرتد قد أقدم على الشرك الذى لا ذنب أعظم منه ، فلا يستحق بيمينه دم مسلم ، ولا يثبت بها قتل . وقال القاضى : الأولى أن تعرض عليه القسامة ، فإن أقسم وجبت الدية ، وهذا قول الشافعى ، لأن استحقاق المال بالقسامة حق عليه ، فلا يبطل برده كما كذب المال بوجوه الاكتساب ، وكفره لا يمنع بيمينه ، فإن الكافر تصح بيمينه ، وتعرض عليه فى الدعوى ، فإن حلف ثبت القصاص أو الدية ، فإن عاد إلى الإسلام كان له ، وإن مات كان فيئاً ، والصحيح إن شاء الله ما قال أبو بكر ، لأن مال المرتد إما أن يكون ملكه قد زال عنه وإما موقوف ، وحقوق المال حكمها حكمه ، فإن قلنا بزوال ملكه فلا حق له ، وإن قلنا هو موقوف فهو قبل انكشاف حاله مشكوك فيه ، فلا يثبت الحكم بشيء مشكوك فيه ، فكيف وقتل المسلم أمر كبير لا يثبت مع الشبهات ، ولا يستوفى مع الشك ؟ وأما إن ارتد قبل موت موروثه لم يكن^(١) وارثاً ، ولا حق له ، وتسكون القسامة لغيره من الوراث^(٢) ، وإن لم يكن الميراث وارث سواء فلا قسامة فيه لما ذكرنا وإن عاد إلى الإسلام قبل قسامة غيره فقياس المذهب أنه يدخل فى القسامة ، لأنه متى رجع قبل قسم الميراث قسم له ، وقال القاضى : لا تعود القسامة إليه ، لأنها استحققت على غيره ، وإن ارتد رجل فقتل عبده أو قتل ثم ارتد فهل له أن يقسم ؟ على وجهين بناء على الاختلاف المتقدم فإن عاد إلى الإسلام عادت القسامة ، لأنه يستحق بدل العبد .

(١) فى ١٨ : فلم يكن .

(٢) فى ٣٩ : من الورثة .

فصل

٧٠٥٠

ولا قسامة فيما دون النفس من الأطراف والجوارح ، ولا أعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً ، ومن قال لا قسامة في ذلك : مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وذلك لأن القسامة تثبت في النفس لحرمتها ، فاختصت بها دون الأطراف كالسكفارة ، ولأها تثبت حيث كان الجنى عليه لا يمكنه التعبير عن نفسه ، وتعين قائله ، ومن قطع طرفه يمكنه ذلك ، وحكم الدعوى فيه حكم الدعوى في سائر الحقوق ، والبيئة على المدعى واليمين على من أنكر يميناً واحدة ، ولأنها دعوى لا قسامة فيها ، فلا تفاظ بالعدد كالدعوى في المال .

مسألة

٧٠٥١

قال : (وإيس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد) .

لا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد ، وبهذا قال الزهري ، ومالك ، وبعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم : يستحق بها قتل الجماعة ، لأنها بيئة موجبة للقود ، فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبيئة ، وهذا نحو قول أبي ثور .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته » نخص بها الواحد ، ولأها بيئة ضعيفة خواف بها الأصل في قتل الواحد ، فيقتصر عليه ، ويبقى على الأصل فيما عداه . وبيان مخالفة الأصل بها أنها تثبت باللوث ، واللوث شبهة مغلطة على الظن صدق المدعى ، والقود يسقط بالشبهات ، فكيف يثبت بها ؟ ولأن الأيمان في سائر الدعاوى تثبت ابتداءً في جانب المدعى عليه ، وهذا بخلافه . وبيان ضعفها أنها تثبت بقول المدعى ويمينه مع التهمة في حقه والشك في صدقه ، وقيام العداوة المانعة من صحة الشهادة عليه في إثبات حق لغيره ، فلأن يرفع من قبول قوله وحده في إثبات حقه لنفسه أولى وأحرى .

وفارق البيئة ، فإنها قويت بالعدد وعدالة الشهود وانتفاء التهمة في حقهم من الجهمتين في كونهم لا يثبتون لأنفسهم حقاً ولا نفعاً ، ولا يدفعون عنها ضرراً ، ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه ، ولهذا يثبت بها سائر الحقوق والحدود التي تنقضي بالشبهات .

إذا ثبت هذا فلا قسامة فيما لا قود فيه في قول الخرق ، فيطرد قوله في أن القسامة لا تشرع إلا في حق واحد ، وعند غيره أن القسامة تجري فيما لا قود فيه ، فيجوز أن يقسموا في هذا على جماعة وهذا قول مالك ، والشافعي ، فعلى هذا إن ادعى على اثنين على أحدهما لوث حلف على من عليه اللوث خمسين يميناً ،

واستحق نصف الدية عليه ، وحلف الآخر يميناً واحدة وبرىء ، وإن نكل عن اليمين فعليه نصف الدية ، وإن ادعى على ثلاثة عليهم لوث ولم يحضر إلا واحد منهم . حلف على الحاضر منهم خمسين يميناً ، واستحق ثلث الدية ، فإذا حضر الثانى ففيه وجهان :

أحدهما : يحلف عليه خمسين يميناً أيضاً ، ويستحق ثلث الدية ، لأن الحق لا يثبت على أحد الرجلين إلا بما ثبت على الآخر كالبينة ، فإنه يحتاج إلى إقامة البينة الكاملة على الثانى كإقامتها على الأول .

والثانى : يحلف عليه خمسا وعشرين يميناً ، لأنهما لو حضرا معاً لحلفا عليه خمسين يميناً ، حصه هذا منها خمس وعشرون ، وهذا الوجه ضعيف ، فإن اليمين لا تقسم عليهم إذا حضروا ، ولو حلف كل واحد منفرداً حصته من الأيمان لم يصح ولم يثبت له حق وإعما الأيمان عليهم جميعاً ، وتفاوتهم تفاوتاً واحداً ، ولأنها لو قسمت عليهم بالحصص لوجب أن لا يقسم على الأول أكثر من سبع عشرة يميناً ، وكذلك على الثانى ، لأن هذا القدر هو حصه من الأيمان ، فعلى كلا التقديرين لا وجه لحلفه خمسا وعشرين يميناً ، وإن قيل : إنما حلف بقدر حصته ، وحصه الثالث ، فينبغى أن يحلف أربعاً وثلاثين ، وإذا قدم الثالث ففيه الوجهان :

أصحهما : يحلف عليه خمسين يميناً ، ويستحق ثلث الدية .

والآخر : يحلف سبع عشرة يميناً ، وإن حضروا جميعاً حلف عليهم خمسين يميناً ، واستحق الدية عليهم أثلاثاً ، وهذا للتفريع يدل على اشتراط حضور المدعى عليه وقت الأيمان ، وذلك لأنها أقيمت مقام البينة ، فاشتراط حضور من أقيمت عليه كالبينة ، وكذلك إن ردت الأيمان على المدعى عليهم اشترط حضور المدعين وقت حلف المدعى عليهم لأن الأيمان له عليهم فيعتبر رضاه بها وحضوره ، إلا أن يوكل وكيله فيقوم بحضوره مقام موكله .

فصل

٧٠٥٢

وإن قال المدعى : قتله هذا ورجل وآخر لا أعرفه ، وكان على المعين لوث أقسم عليه خمسين يميناً ، واستحق نصف الدية ، فإن أمين له الآخر حلف عليه واستحق نصف الدية ، وإن قال : قتله هذا ونفر لأعلم عددهم ، لم تجب القسامة ، لأنه لا يعلم كم حصته من الدية .

فصل

٧٠٥٣

ولا تسمع الدعوى إلا محررة ، بأن يقول : أدعى أن هذا قتل ولبنى فلان ابن فلان عمداً أو خطأ أو شبه العمد ، ويصف القتل ، فإن كان عمداً قال : قصد إليه بسيف ، أو بما يقتل مثله غالباً ، فإن كانت

الدعوى على واحد فأقر ثبت القتل ، وإن أنكر ونم بيته حكم بها ، وإلا صار الأمر إلى الأيمان ، وإن كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة أحوال :

أحدها : أن يقول : قتلته هذا وهذا تعدد قتله ، ونصف العمد بصفته فيقال له : عين واحداً فإن القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد .

الحال الثانى : أن يقول : تعدد هذا وهذا كان خاطئاً ، فهو يدعى قتلًا غير موجب للقود ، فيقسم عليهما ، ويأخذ نصف الدية من مال العمد ، ونصفها من عاقلة الخاطئ .

الحال الثالث : أن يقول : عمد هذا ولا أدري أكان قتل الثانى عمداً أو خطأ ؟ فقول : لا نسوغ القسامة ههنا ، لأنه يحتمل أن يكون الآخر مخطئاً ، فيكون موجبها الدية عليهما ، ويحتمل أن يكون عامداً فلا نسوغ القسامة عليهما ، ويجب تعيين واحد والقسامة عليه ، فيكون موجبها القود ، فلم تجز القسامة مع هذا ، فإن عاد فقال : علمت أن الآخر كان عامداً فله أن يعين واحداً ويقسم عليه ، وإن قال : كان مخطئاً ثبتت القسامة حينئذ ، ويسأل ، فإن أنكر ثبتت القسامة ، وإن أقر ثبت عليه القتل ، ويكون عليه نصف الدية في ماله ، لأنه ثبت بإقراره لا بالقسامة . وقال القاضى : يكون على عاقلته ، والأول أصح لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً .

الحل الرابع : أن يقول : قتلاه خطأ أو شبه عمد ، أو أحدهما خاطئ . والآخر شبه العمد ، فله أن يقسم عليهما ، فإن ادعى أنه قتل وإليه عمد فسئل عن تفسير العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره ، وأقسم على ما فسره به ، لأنه أخطأ في وصف القتل بالعمدية ، ونقل المزنى عن الشافعى : لا يخلف عليه ، لأنه بدعوى العمد برأ العاقلة ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك بما يوجب عليهم المال .

ولنا : أن دعواه قد تحررت ، وإنما غلط في تسمية شبه العمد عمداً ، وهذا مما يشبهه فلا يؤخذ به ، ولو أحلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبين نوع القتل لم يعتد باليمين ، لأن الدعوى لا تسمع غير محررة ، فكأنه حلفه قبل الدعوى ، ولأنه إنما يحلفه ليوجب له ما يستحقه ، فإذا لم يعلم ما يستحقه بدعواه لم يحصل المقصود باليمين فلم يصح .

فصل

٧٠٥٤

قال القاضى : يجوز للأولياء أن يقسموا على القتال إذا غلب على ظنهم أنه قتله ، وإن كانوا غائبين عن مكان القتل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأَنْصار : « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » ، وكانوا بالمدينة ، والقتل بخيبر ، ولأن الإنسان يحلف على غالب ظنه ، كما أن من اشترى من إنسان شيئاً نجاء آخر يدهيه جاز أن يحلف أنه لا يستحقه ، لأن الظاهر أنه ملك الذى باعه ، وكذلك إذا وجد شيئاً

بخطه أو خط أبيه ودفعه جازله أن يحلف ، وكذلك إذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشتري أنه معيب ، وأراد رده ، كان له أن يحلف أنه باعه بريئاً من العيب ، ولا ينبغي أن يحلف المدعى إلا بعد الاستثبات ، وغلبة ظن يقارب اليقين ، وينبغي للحاكم أن يقول لهم : اتقوا الله واستثبتوا ، وبعضهم ويحذرم ، وبقراً عليهم : (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأِيمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا)^(١) ، ويعرفهم مافى اليمين الكاذبة ، وظلم البرىء ، وقتل النفس بغير الحق ، ويعرفهم أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وهذا كله مذهب الشافعى .

فصل

٧٠٥٥

ويستحب أن يستظهر فى ألفاظ اليمين فى القسامة تأكيذاً فيقول : والله الذى لا إله إلا هو ، عالم خائفة الأعين وما تخفى الصدور ، فإن اقتصر على لفظة والله كفى ويقول والله أو بالله أو تالله بالجر ، كما تقتضيه العربية ، فإن قاله مضموماً أو منصوباً فقد لحن ، قال القاضى : ويجزئه تعمله أو لم يتعمده ، لأنه لحن ، لا يحيل المعنى ، وهو قول الشافعى . وما زاد على هذا تأكيذاً ، ويقول لقد قتل فلان ابن فلان الفلانى — وبشير لآله — فلاناً ابني أو أخى منفرداً بقتله ما شره غيره . وإن كانا اثنين قال : منفردين ما شرهما غيرهما . ثم يقول : عمداً أو خطأ . وبأى اسم من أسماء الله أو صفة من صفات ذاته حلف أجزأ إذا كان إطلاقه ينصرف إلى الله تعالى . ويقول للمدعى عليه فى اليمين : والله ما قتلته ، ولا شاركت فى قتله ، ولا أحدثت شيئاً مات منه ، ولا كان^(٢) سبباً فى موته ولا معيناً على موته .

مسألة

٧٠٥٦

قال : (ومن قتل نفساً محرمة أو شارك فيها ، أو ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ، وكان الفعل خطأ ، فعلى القاتل عتق رقبة مؤمنة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن على قاتل العمد تحرير رقبة مؤمنة) .

الأصل فى كفارة القتل قوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)^(٣) الآية ، وأجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ كفارة ، سواء كان المقتول ذكراً أو أنثى ، ونجب فى قتل الصغير والكبير ، سواء باشره بالقتل أو تسبب إلى قتله بسبب يضمن به النفس ، كحفر للبئر ونصب

(١) سورة آل عمران آية ٧٧ .

(٢) فى ٣٩ : ولا كنت .

(٣) سورة النساء آية ٩٢ .

السكين ، وشهادة الزور ، وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تجب بالنسب ، لأنه ليس بقتل ، ولأنه ضمن بدله بغير مباشرة للقتل ، فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة .

ولنا : أنه كالمباشرة في الضمان ، فكان كالمباشرة في الكفارة . ولأنه سبب لإتلاف الأذى يتعلق به ضمانه ، فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكباً فأوطأ دابته إنساناً . وقياسهم ينتقض بالأب إذا أكره إنساناً على قتل ابنه . فإن الكفارة تجب عليه من غير مباشرة ، وطارق العاقلة فإنها تتعمل من غيرها . ولم يصدر منها قتل ولا تسبب إليه .

وقولهم : ليس بقتل ممنوع قال القاضي : ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا أخطأنا أو نعمدنا . وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ، ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد ، لأنه إن قصد به القتل فهو جار مجرى الخطأ في أنه لا يجب به القصاص .

فصل

٧٠٥٧

وتجب الكفارة بقتل العبد . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : لا تجب به ، لأنه مضمون بالقيمة ، أشبه البهيمة . ولنا عموم قوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) لأنه يجب القصاص بقتله ، فتجب الكفارة به ^(١) كالحر ولأنه مؤمن فأشبهه الحر ويفارق البهائم بذلك .

فصل

٧٠٥٨

وتجب بقتل الكافر المضمون سواء كان ذمياً أو مستقماً ، وبهذا قال أكثر أهل العلم . وقال الحسن ، ومالك : لا كفارة فيه لقوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) ففهموه ألا كفارة في غير المؤمن .

ولنا : قوله تعالى : (وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدَيْتُمْ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) ^(٢) والذي له ميثاق ، وهذا منطوق بقدم على دليل الخطاب ، ولأنه أدى مقتول ظلماً ، فوجبت الكفارة بقتله كالمسلم .

فصل

٧٠٥٩

وإذا قتل العبي والجنون وجبت الكفارة في أموالهما . وكذلك الكافر . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا كفارة على واحد منهم ، لأنها عبادة محضة تجب بالشرع ، فلا تجب على العبي والجنون والكافر كالصلاة والصيام .

(١) في ١٨ : فيه .

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

ولنا : أنه حق مالى يتعلق بالقتل ، فتعلقت بهم كإدية ، وتفرق الصوم والصلاة لأنهما عبادتان بذنيتان ، وهذه مالية ، أشبهت نفقات الأقارب . وأما كفارة اليمين فلا تجب على الصبي والمجنون ، لأنها تتعلق بالقول ، ولا قول لها ، وهذه تتعلق بالفعل ، وفعلها متحقق قد أوجب الضمان عليهما ، ويتعلق بالفعل مالا يتعلق بالقول بدليل أن العتق يتعلق بأحبالها دون إعاقتهما بقولها ، وأما الكافر فتجب عليه وتكون عقوبة عليه كالحدود .

فصل

٧٠٦٠

ومن قتل في دار الحرب مسلماً يعتقد كافرأ أو رمى إلى صف الكفار فأصاب فيهم مسلماً فقتله فعليه كفارة لقوله تعالى : (فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُمْ مُؤْمِنٌ فَتَجْرِيرٌ رَقِيبَةٌ مُؤْمِنَةٌ)^(١) .

فصل

٧٠٦١

منهموم كلام الخرقى : أن كل قتل مباح لا كفارة فيه كقتل الحربى والباغى والزانى المحصن ، والقتل قصاصاً أو حداً ، لأنه قتل مأمور به . والكفارة لا تجب لحوق المأمور به . وأما الخطأ فلا يوصف بتجريم ولا إباحة ، لأنه كعمل المجنون والبهيمه ، لكن النفس الزاهية به معصومة محرمة محترمة . فلذلك وجبت الكفارة فيها . وقال قوم الخطأ محرم ، ولا إثم فيه . وقيل : ليس بمحرم ، لأن المحرم ما أثم فاعله وهذا لا إثم فيه . وقوله تعالى : (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً)^(٢) هذا استثناء منقطع ، و « إلا » فى موضع « لكن » التقدير لكن قد يقتله خطأ ، وقيل « إلا » بمعنى « ولا » أى ولا خطأ وهذا بعيد لأن الخطأ لا يتوجه إليه النهى لعدم إمكان التجريم منه . وكونه لا يدخل تحت الوسع ، ولأنها لو كانت بمعنى « ولا » كانت عاطفة للخطأ على ما قبله ، وليس قبله ما يصلح عطفه عليه .

وأما قتل نساء أهل الحرب وصبيانهم فلا كفارة فيه . لأنه ليس لهم إيمان ولا أمان ، وإنما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين بهم ، لكونهم يصيرون بالسبي رقيقاً يذفع بهم ، وكذلك قتل من لم تبلغه الدعوة لا كفارة فيه لذلك ، ولذلك لم يضمّنوا بشيء ، فأشبهوا من قتله مباح .

فصل

٧٠٦٢

ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة فى ماله ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تجب ، لأن ضمان نفسه لا يجب ، فلم تجب الكفارة كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم .

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

ولنا : عموم قوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)^(١) ولأنه آدمى مؤمن مقتول خطأ ، فوجب الكفارة على قاتله ، كالمقتول غيره ، والأول أقرب إلى الصواب إن شاء الله ، فإن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ ، ولم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم فيه بكفارة ، وقوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً)^(٢) إنما أريد بها إذا قتل غيره بدليل قوله : (وَدِيَّةٌ مُسَلَّمةٌ إِلَى أَهْلِهِ)^(٣) ، وقاتل نفسه لا تجب فيه دية ، بدليل قتل عامر بن الأكوع .

فصل

٧٠٦٣

ومن شارك في قتل يوجب الكفارة لزمته كفارة ، ويلزم كل واحد من شركائه كفارة . وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن ، وعكرمة ، والنخعي ، والحارث للمكلى ، والثوري ، ومالك ، والشافعي وأصحاب الرأي . وحكى أبو الخطاب عن أحد رواة أخرى : أن على الجميع كفارة واحدة ، وهو قول أبي ثور . وحكى عن الأوزاعي ، وحكاه أبو علي الطبري ، عن الشافعي ، وأنكره سائر أصحابه ، واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)^(٤) ، و « من » يتناول الواحد والجماعة ، ولم يوجب إلا كفارة واحدة ودية ، والدية لا تعدد فكذلك الكفارة ولأنها كفارة قتل فلم تعدد بتعدد القاتلين مع اتحاد المقتول ككفارة الصيد الحرمي .

ولنا : أنها لا تنبعض وهي من موجب قتل آدمى فكملت في حق كل واحد من المشتركين كالقصاص . وتخالف كفارة الصيد ، فإنها تجب بدلا ، ولهذا تجب في أبعاضه وكذلك الدية .

فصل

٧٠٦٤

إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا فعليه الكفارة . وبه قال الحسن ، وعطاء ، والزهري ، والنخعي ، والحكم ، وحامد ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة لا تجب . وقد مضت هذه المسألة في دية الجنين .

فصل

٧٠٦٥

والشهور في المذهب : أنه لا كفارة في قتل العمد ، وبه قال الثوري ، ومالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وعن أحد رواة أخرى : تجب فيه الكفارة ، وحكى ذلك عن الزهري . وهو قول الشافعي ، لما روى وائلة بن الأسقع قال : « أتينا النبي صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا . قد

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

(٤) سورة النساء آية ٩٢ .

(٣) سورة النساء آية ٩٢ .

أوجب^(١) بالقتل . فقال : أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضواً منه من النار » ولأنها إذا وجبت في قتل الخطأ ففي العمد أولى . لأنه أعظم إنماً وأكبر جرماً ، وحاجته إلى تكفير ذنبه أعظم . ولنا : مفهوم قوله تعالى : (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة)^(٢) ثم ذكر قتل العمد ، ولم يوجب فيه كفارة ، وجعل جزاءه جهنم ، ففهموه أنه لا كفارة فيه . وروى « أن سويد بن الصامت قتل رجلاً فأوجب النبي صلى الله عليه وسلم عليه القود ، ولم يوجب كفارة ، وعمر بن أمية الضمري قتل رجلاً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم فودعاها النبي صلى الله عليه وسلم »^(٣) ، ولم يوجب كفارة ، ولأنه فعل يوجب القتل ، فلا يوجب كفارة كزنا المحصن ، وحديث واثلة . يحتمل أنه كان خطأ ، وسماه موجباً أي فوت النفس بالقتل ، ويحتمل أنه كان شبه عمد ، ويحتمل أنه أسرم بالإعتاق تبرعاً ، ولذلك أسره غير القاتل بالإعتاق ، وما ذكره من المعنى لا يصح لأنها وجبت في الخطأ فتصحو إنمائه ، لكونه لا يخلو من تفریط ، فلا يلزم من ذلك إيجابها في موضع عظم الإثم فيه ، بحيث لا يرتفع بها .

إذا ثبت هذا . فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه ، كقتل الوالد ولده ، والسيد عبده ، والحر العبد ، والمسلم الكافر ، لأن هذا من أنواع العمد .

فصل

٧٠٦٦

وتجب الكفارة في شبه العمد . ولم أعلم لأصحابنا فيه قولاً ، لكن مقتضى الدليل ما ذكرناه ، ولأنه أجرى مجرى الخطأ في نفي القصاص ، وحمل العقوبة دية ، وتأجيلها في ثلاث سنين ، فجري مجراه في وجوب الكفارة . ولأن القاتل إنما لم يحمل شيئاً من الدية لتعمله الكفارة . فلم تجب عليه الكفارة تحملاً من الدية ، لئلا يخلو القاتل عن وجوب شيء أصلاً ، ولم يرد الشرع بهذا .

(١) في سنن أبي داود ج ٢ ص ٩٦ (قد أوجب - يعني النار - بالقتل) ولفظ الحديث (أعتقوا عنه يعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار) والحديث أخرجه أيضاً أحمد والنسائي وابن حبان والحاكم .
(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

(٣) عمرو بن أمية الضمري أسلم حين انصرف المشركون من أحد وأول مشهد شهده (بئر معونة) فأسرته بنو عامر يومئذ فقال له عامر بن الطفيل إنه كان على أي نسمة فأذهب فأنت حر عنها وجرتا نصيته فخرج عمرو فلقية في الطريق رجلان من بني عامر كان معهما عقد وجوار من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يكن علم بذلك عمرو فسألها فقال : من أنتم ؟ فقالا : من بني عامر ، فأماههما حتى ناما فقتلتهما أخذاً بئار شهداء (بئر معونة) فلما علم النبي صلى الله عليه وسلم قال : قتلت رجلين لهما منى عهد لادينهما انظر سيرة ابن هشام (بئر معونة) ج ٢ ص ١٨٦ ونصب الراية ج ٤ ص ٣٢٧ (ف)

فصل

٧٠٦٧

وكفارة القتل عتق رقبة مؤمنة بنص الكتاب ، سواء كان القاتل أو المقتول مسلماً أو كافراً ، فإن لم يجد لها في ملكه فاضلة عن حاجته أو يجد منها فاضلاً عن كفايته فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وهذا ثابت بالنص أيضاً ، فإن لم يستطع ففيه روايتان :

إحداها يثبت الصيام في ذمته ، ولا يجب شيء آخر . لأن الله تعالى لم يذكره ولو وجب لذكره . والثاني : يجب إطعام ستين مسكيناً ، لأنها كفارة فيها عتق ، وصيام شهرين متتابعين ، فكان فيها إطعام ستين مسكيناً عند عدمها ككفارة الظهار والنفقة في رمضان . وإن لم يكن مذكوراً في نص القرآن فقد ذكر ذلك في نظيره ، فيقاس عليه . فعلى هذه الرواية : إن عجز عن الإطعام ثبت في ذمته حتى يقدر عليه وللشافعي قولان في هذا كالروايتين والله أعلم .

مسألة

٧٠٦٨

قال : ﴿ وما أوجب القصاص فلا يقبل فيه إلا عدلان ﴾ .

وجملته : أن ما أوجب القصاص في نفس كالقتل العمد المدون من المكافئ ، أو في طرف كقطعته من مفصل عمداً ممن يكافئه ، فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين عدلين ، ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ، ولا شاهد ويمين الطالب ، لانعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً وذلك لأن القصاص لإزالة دم عقوبة على جناية فيحتاج له باشتراط الشاهدين العدلين كالحدود ، وسواء كان القصاص يجب على مسلم أو كافر ، أو حر أو عبد ، لأن العقوبة يحتاج لدرئها ، وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أنه لا يقبل في الشهادة على القتل إلا شهادة أربعة . وهذا مذهب الحسن ، لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم يقبل أقل من أربعة كالشهادة على الزنا من الحصن .

ولنا : أنه أحد نوعي القصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا فإنه يختص بهذا وليست العلة كونه قتلاً ، بدليل وجوب الأربعة في زنا البكر ، ولا قتل فيه ، ولأنه انفرد بوجوب الحد على الراعي به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يحز أن يلحق به ما ليس مثله .

مسألة

٧٠٦٩

قال : ﴿ وما أوجب من الجنايات المال دون اللقود قبل فيه رجل وأمرأتان أو رجل عدل مع يمين الطالب ﴾ .

وجملته : أن ما كان موجباً للمال كقتل الخطأ وشبه العمد والعمد في حق من لا يكافئه والجائنة

والأمومة وما دون الموضحة وشريك الخطيء وأشباه هذا ، فإنه يقبل فيه شهادة رجل وأمرأتين ، وشهادة عدل ويمين الطالب ، وهذا مذهب الشافعى وقال أبو بكر : لا يثبت أيضاً إلا بشهادة عدلين ، ولا تسمع فيه شهادة النساء ولا شاهد ويمين ، لأنها شهادة على قتل أو جنابة على آدمى فلم تسمع من النساء كالقسم الأول ، يبين صحة هذا أنه لما لم يسكن للنساء مدخل فى القسامة فى العمد ولم يسكن لهن مدخل فى القسامة على الخطأ وشبه العمد الموجب للمال فيدل هذا على أنهن لا مدخل لهن فى الشهادة على دم بحال .

ولنا : أنها شهادة على ما يقصد به المال على الخصوص فوجب أن تقبل كالشهادة على البيع والإجارة ، وفارق قتل العمد فإنه موجب للمقوبة التى يحتاط بإسقاطها فاحتيط فى الشهادة على أسبابها ، وفى مسائلنا المقصود تقبل شهادتهن فيه فقبلت شهادتهن على سببه .

فصل

٧٠٧٠

ولو ادعى جنابة عمد وقال : عفوت عن القصاص فيها لم يقبل فيه شاهد وامرأتان لأنه إنما يعفو عن شيء ثبت له ولا يثبت ذلك القتل بتلك الشهادة ، وإن ثبت القتل إما بشاهدين أو باقرار المدعى عليه صح العفو ، لأن الحق ثبت له بوجود القتل ، وإنما خفى ثبوته عن من لم يعلم ذلك فإذا علم ذلك علم أنه كان ثابتاً من حين وجد للقتل فيكون العفو مصادفاً لحقه الثابت ، فينفذ كما لو أعتق عبداً بفازعه^(١) فيه منازع ثم ثبت أنه كان مملوكه حين العتق .

فصل

٧٠٧١

ولا يثبت القتل بالشهادة إلا مع زوال الشبهة فى لفظ الشاهدين نحو أن يقولوا : نشهد أنه ضربه نقتله أو فوات منه فإن قالوا ضربه بالسيف فوات أو فوجدناه ميتاً أو فوات عقيقه أو قالوا ضربه بالسيف فأسال دمه ، أو فأنهر دمه فوات مكانه ، لم يثبت القتل ، لجواز أن يسكون مات عقيب الضرب بسبب آخر ، وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل بالقتل ، فقال : أشهد أنه أتسكا عليه بمرقه فوات فقال له شريح : فوات منه ؟ فأعاد الرجل قوله الأول ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك ، وإن كانت الشهادة بالجرح فقالوا : ضربه فأوضحه ، أو فاضح منه ، أو فوجدناه موضحاً من الضربة ، قبلت شهادتهما ، وإن قالوا : ضربه فأنضح رأسه ، أو وجدناه موضحاً أو فأسال دمه ، ووجدناه فى رأسه موضحة ، لم يثبت الإيضاح ، لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ، ولا بد من تعيين الموضحة فى إيجاب القصاص ، لأنه إن كان فى رأسه موضحتان فيحتاجان إلى بيان ما شهدا به منهما ، وإن كانت واحدة فيحتمل أن يسكون

قد أوسعها غير الشهود عليه فيجب أن يعينها الشاهدان فيقولان هذه وإن قالأ أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما ، وإن قالأ لانعلم قدرها أو موضعها لم يحكم بانقصاص لأنه يتمذر مع الجمالة وتجب الدية لأنها . لا تختلف باختلافها ، وإن قالأ ضرب رأسه فأسال دمه كانت بازلة ، وإن قالأ فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وإن قالأ نشهد أنه ضربه فقطع يده ولم يسكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما وثبت القصاص لعدم الاشتباه وإن كان أقطع لليدين ولم يعينا المقتوعة لم يثبت القصاص لأنهما لم يعينا اليد التي يجب القصاص منها وتجب دية اليدين لأنها لا تختلف باختلاف اليدين .

فصل

٧٠٧٢

إذا شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً وشهد الآخر أنه أقر بقتله ولم يقل عمداً ولا خطأ ثبت القتل لأن البينة قد تمت عليه ولم تثبت صفته لعدم تمامها عليه ويسأل الشهود عليه عن صفته فإن أنكر أصل القتل لم يقبل إنكاره لقيام البينة به وإن أقر بقتل العمد ثبت بإقراره وإن أقر بقتل الخطأ وأنكر الولي فالقول قول القاتل وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان وإن صدقه الولي على الخطأ ثبت عليه ، وإن أقر بقتل العمد وكذبه الولي وقال بل كان خطأ لم يجب القود لأن الولي لا يدعيه وتجب دية الخطأ ولا تحمل العاقلة شيئاً من ديته في هذه المواضع كلها وتسكون في ماله لأنها لم تثبت ببينة وفي بعضها القاتل مقر بأنها في ماله دون مال عاقلته .

وإن قال أحد الشاهدين : أشهد أنه أقر بقتله عمداً ، وقال الآخر : أشهد أنه أقر بقتله خطأ ، ثبت القتل أيضاً ، لأنه لاتنافي بين شهادتهما ، لأنه يجوز أن يقر عند أحدهما بقتل العمد ، ويقر عند الآخر بقتل الخطأ ، فثبت إقراره بالقتل دون صفته ، وبطالب ببيان صفته على ما ذكرنا في التي قبلها ، وإن شهد أحدهما أنه قتل عمداً وشهد الآخر أنه قتل خطأ ثبت القتل أيضاً ، دون صفته وبطالب ببيان صفته على ما ذكرنا لأن الفعل قد بمتقدمه أحدهما خطأ والآخر عمداً ، ويسكون الحكم كما لو شهد على إقراره بذلك . وإن شهد أحدهما أنه قتل غدوة ، وقال الآخر عشية ، وقال أحدهما قتله بسيف ، وقال الآخر بعصا ، لم تتم الشهادة ، ذكره القاضي ، لأن كل واحد منهما يخالف صاحبه ويسكذه ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو بكر : يثبت القتل بذلك ، لأنهما اتفقا على القتل ، واختلفا في صفته ، فأشبه التي قبلها .

والأول أصح ، لأن كل واحد من الشاهدين يسكذب صاحبه ، فإن القتل غدوة غير القتل عشية ، ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل [عشية] ولا أن يقتل بسيف ثم يقتل بعصا ، بخلاف العمد والخطأ

لأن الفعل واحد ، والخلاف في نيته وقصده ، وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر ، وإن شهد أحدهما أنه قتله ، وشهد الآخر أنه أقر بقتله ، ثبت القتل ، نص عليه أحد ، واختاره أبو بكر ، واختار القاضي أنه لا يثبت ، وهو مذهب الشافعي ، لأن أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد .

والنا : أن الذي أقر به هو القتل الذي شهد به الشاهد فلا تنافي بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو شهد أحدهما بالقتل عمداً والآخر بالقتل خطأ أو كما لو شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه أقر بألف له .

فصل

٧٠٧٣

إذا قتل رجل عمداً قتلاً يوجب القصاص سواء كان الشاهد عدلاً أو فاسقاً لأن شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول في ذلك فإن أحد الوليين إذا عفا عن حقه سقط القصاص كله ويشبه هذا ما لو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما أن شريكه أعتق نصيبه وهو موثر عتق نصيبه وإن أنكره الآخر فإن كان الشاهد بالعفو شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لأن الشاهد اعترف أن نصيبه سقط بغير اختياره فأما نصيب المَشْهُود عليه فإن كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته فالقول قول المَشْهُود عليه مع يمينه فإذا حلف ثبت حصته من الدية وإن كان الشاهد مقبول القول حلف الجاني معه وسقط عنه الحق المَشْهُود عليه ويحلف الجاني أنه عفا عن الدية ولا يحتاج إلى ذكر العفو عن القصاص لأنه قد أسقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج إلى ذكره في اليمين ولأنه إنما يحلف على ما يدعى عليه ولا يدعى عليه غير الدية .

فصل

٧٠٧٤

وإذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين وللولودين نظرت فإن كانت الجرح مندملة فشهادتهما مقبولة لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعاً وإن كانت غير مندملة لم يحكم بشهادتهما لجواز أن تصير نفساً فتجب الدية لهما بشهادتهما فإن شهدا في تلك الحال وردت شهادتهما ثم اندملت فأعادا شهادتهما فهل تقبل ؟ على وجهين :

أحدهما : لا تقبل لأن الشهادة ردت للثمة فلا تقبل وإن زالت الثمة كالفاسق إذا أعاد شهادته المردودة بعد عدالته .

والثاني تقبل لأن سبب الثمة قد تحقق زواله وللشافعي وجهان كمنهذين . وإن شهد وارثا المريض بمال ففي قبول شهادتهما له وجهان :

أحدهما : تقبل لأنهما يثبتان المال للريض وإن مات انتقل إليهما عنه فأشبهت الشهادة للصحيح بخلاف الجناية فإنها إذا صارت نفساً وجبت الدية لها بها .

والوجه الثاني : لا تقبل لأنه متى ثبت المال للريض تعلق حق ورثته به ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فيما زاد على الثلث وإن شهد المعجروح بالجرح من لا يرثه لكونه محجوباً كالأخوين يشهدان لأخيهما وله ابن سمعت شهادتهما فإن مات ابنه نظرت فإن كان الحاكم حكم بشهادتهما لم يفض حكمه لأن ما بطراً بمد الحكم بالشهادة لا يؤثر فيها كالفسق وإن كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لأنهما صارا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما كما لو فسق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما وإن شهد على رجل بالجراح الموجبة للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته وإن كان فقيراً لأنه قد يكون ذا مال وقت العقل فيكون دافعاً عن نفسه وإن كان الجرح مما لا تحمله العاقلة كجراحة للعمد أو العبد سمعت شهادة العاقلة بجرح الشهود لأنهما لا يدفعان عن أنفسهما ضرراً فإن موجب هذه الجراحة القصاص أو المال في ذمة الجاني وكذلك إن كان الشاهدان يشهدان على إقراره بالجرح لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف وإن كانت شهادتهما بجرح عقله دون ثلث الدية خطأ نظرنا فإن كانت شهادة العاقلة بجرح الشهود قبل الاندمال لم تقبل لأنها ربما صارت نفساً فتحملها العاقلة وإن كانت بدمه قبلت لأنها لا تحمل مادون الثلث وإن كان الشاهدان بالجرح ليسا من العاقلة في الحال وإنما بصيران من العاقلة التي تتحمل أن لو مات من هو أقرب منهما قبلت شهادتهما ذكره القاضي لأنهما ليسا من العاقلة وإنما بصيران منها بموت القريب والظاهر حياته .

وفارق الفقير إذا شهد لأن الفنى ليست عليه أمانة فإن المال غاد ورائح ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا ويحتمل أن يسوى بين المسلمين لأن كل واحد منهما ليس من العاقلة في الحال وإنما يصير منها بحدوث أمر لم يتفق الآن سببه فهما سواء واحتمال غنى الفقير كاحتمال موت الحى بل الموت أقرب فإنه لا بد منه وكل حى ميت وكل نفس ذائقة الموت وليس كل فقير يستغنى فما ثبت في إحدى الصورتين بثبت في الأخرى فيثبت فيهما جميعاً وجهان بأن ينقل حكم كل واحدة من الصورتين إلى الأخرى .

فصل

٧٠٧٥

إذا شهد رجلان على رجلين أنهما قتلا رجلاً ثم شهد المشهود عليهما على الأولين أنهما اللذان قتلاه فصدق الولي الأولين ، وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لأن الولي يكذبهما وهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً . وإن صدق الآخرين وحدهما بطلت شهادة الجميع لأن الأولين بطلت شهادتهما

لتكذيبه لها ورجوعه عما شهد له به والآخران لا تقبل شهادتهما لأنهما عدوان الأولين ولأنهما يدفعان عن أنفسهما ضرراً ، وإن صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضاً لأنه بتصديق الأولين مكذب للآخرين وتصديقه الآخرين تكذيب للأوليين وهما متهمان لما ذكرناه ، فإن قيل كيف يتصور هذه المسألة والشهادة إنما تكون بعد الدعوى ؟ فكيف يتصور فرض تصديقهم وتكذيبهم ؟ قلنا قد يتصور أن يشهدوا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولي من قتلهم . ولهذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسأله »^(١) وهذا معنى ذلك .

(١) أخرجه ابن ماجه عن زيد بن خالد .

كتاب قتال أهل البغى

والأصل في هذا الباب قول الله سبحانه : (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَنِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ - إِلَىٰ قَوْلِهِ : إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ)^(١) ففيها خمس فوائد :

أحدها : أنهم لم يخرجوا بالبغى عن الإيمان ، فإنه سماهم مؤمنين .

الثانية : أنه أوجب قتالهم .

الثالثة : أنه أسقط قتالهم إذا فادوا إلى أمر الله .

الرابعة : أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه في قتالهم .

الخامسة : أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقاً عليه .

وروى عبد الله بن عمرو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من أعطى إماماً صفقة يده ، ونمرة فؤاده ، فليطمه ما استطاع ، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنقه الآخر » رواه مسلم ، وروى عرجة^(٢) قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ستسكون هنات وهنات - ورفع صوته - ألا ومن خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان » ، فشكل من ثبتت إمامته وجبت طاعته وحرم الخروج عليه وقتاله ، لقول الله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ)^(٣) . وروى عبادة^(٤) بن الصامت قال : بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في النشاط والمكره ، وأن لا ننازع الأمر أهله ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فسات فيته جاهلية »^(٥) ، رواه ابن عبد البر ، من حديث أبي هريرة وأبي ذر وابن عباس كلها بمعنى واحد وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتال البغاة ، فإن أبابكر رضي الله عنه قاتل مانع الزكاة وعلى قاتل أهل الجبل وصفين وأهل النهروان ، والخارجون من قبضة الإمام أصناف أربعة :

(١) سورة الحجرات آية ٩ ، ١٠ .

(٢) أخرجه أبو داود والنسائي والحاكم عن عرجة . (ف)

(٣) سورة النساء آية ٥٩ .

(٤) أخرجه البخاري ومسلم ومالك والنسائي عن عبادة . (ف)

(٥) أخرجه مسلم وأحمد والنسائي عن أبي هريرة . (ف)

أحدها : قوم امتنعوا من طاعته ، وخرجوا عن قبضته بغير تأويل ، فهؤلاء قطاع طريق ساعون في الأرض بالفساد يأتي حكمهم في باب مفرد .

الثاني : قوم لم تأويل ، إلا أنهم نفر يسير لامنة لهم ، كالواحد والاثنين والعشرة ونحوهم ، فهؤلاء قطاع طريق في قول أكثر أصحابنا ، وهو مذهب الشافعي ، لأن ابن ماجم لما جرح علياً قال للحسن : إن برئت رأيت رأيي ، وإن مت فلا تمثلوا به ، فلم يثبت لفعلة حكم البغاة ، ولأننا لو أثبتنا للمدد اليسير حكم للبغاة في سقوط ضمان ما تلفوه أفضى إلى إتلاف أموال الناس . وقال أبو بكر : لا فرق بين الكثير والقليل ، وحكمهم حكم للبغاة إذا خرجوا عن قبضة الإمام .

الثالث : الخوارج الذين يكفرون بالذنوب ، ويكفرون عثمان وعلياً وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم ، إلا من خرج معهم ، فظاهر قول الفقهاء من أصحابنا المتأخرين أنهم بغاة ، حكمهم حكمهم ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث ، ومالك يرى استنابتهم ، فإن تابوا ، وإلا قتلوا على إفسادهم ، لا على كفرهم .

وذهبت طائفة من أهل الحديث إلى أنهم كفار مرتدون ، حكم المرتدين ، وتباح دماؤهم وأموالهم ، فإن تحيزوا في مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار ، وإن كانوا في قبضة الإمام استنابتهم كاستنابة المرتدين ، فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم ، وكانت أموالهم فيئاً لا يرثهم ورثتهم المسلمون ، لما روى أبو سعيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « يخرج قوم تحفرون صلاتكم مع صلاتهم ، وصيامكم مع صيامهم ، وأعمالكم مع أعمالهم ، يقرءون القرآن لا يجاوز حناجرهم ، يمرقون^(١) من الدين كما يمرق السهم من الرمية^(٢) ، ينظر في النصل^(٣) فلا يرى شيئاً ، وينظر في القدح^(٤) فلا يرى شيئاً ، وينظر في الريش فلا يرى شيئاً ، ويتجارى في الفوق^(٥) » رواه مالك

(١) يمرقون : يخرجون . (ف)

(٢) بفتح الراء وكسر الميم وتشديد الياء أي الصيد المرمى ، شبه مروقهم من الدين وعدم انتفاعهم به بمروق السهم الذي يصيب الصيد فيدخل فيه ويخرج منه دون أن يعاق به شيء من جسد الصيد لسرعة خروجه من شدة قوة الرامي . (ف)

(٣) النصل : حديدة السهم . (ف)

(٤) القدح : بكسر القاف وسكون الدال وهو عود السهم (خشبه) قبل أن يرش (يلصق به الريش) ويركب ينصله . (ف)

(٥) الفوق : بضم الفاء : تجويف في أسفل قدح السهم يثبت فيه الوتر قبل الرمي ، ومعنى (يتجارى) : يشك والمقصود من ذلك أن الرامي ينقب ويبحث عن أثر لسهمه فيجد أنه نفذ من الرمية دون أن يتعلق به شيء ولم يظهر فيه أثر وكذلك هؤلاء لا يحصل لهم من قراءة القرآن فائدة والعياذ بالله (ف)

في موطنه والبخارى في صحيحه ، وهو حديث صحيح ثابت الإسناد ، وفي لفظ قال : « يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان ^(١) ، سفهاء الأحلام ، يقولون من خير قول البرية ، يقرءون القرآن لا يجاوز تراقيهم ^(٢) ، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، فأبنا لقيتهم فاقتلهم ، فإن في قتلهم أجراً لمن قتلهم يوم القيامة » رواه البخارى ، وروى معناه من وجوه :

يقول : فسكا خرج هذا السهم نقياً خالياً من الدم والفرث لم يعلق منها شيء كذلك خروج هؤلاء من الدين - بمعنى الخوارج . وعن أبي أمامة أنه « رأى رؤوساً منصوبة على درج مسجد دمشق فقال ^(٣) : كلاب النار ، شر قتلى تحت أديم السماء ، خير قتلى من قتلوه ، ثم قرأ : (يَوْمَ تَبْيَضُّ وُجُوهٌ وَتَسْوَدُّ وُجُوهٌ) ^(٤) إلى آخر الآية ، فقيل ^(٥) له : أنت سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : لو لم أسمعه إلا مرة أو مرتين أو ثلاثاً أو أربعاً ، حتى مدّ سبماً ، ما حدثتكموه » قال الترمذى : هذا حديث حسن ، ورواه ابن ماجه عن سهل عن ابن عيينة عن أبي غالب أنه سمع أبا أمامة يقول : « شر قتلى قتلوا تحت أديم السماء ، وخير قتلى ^(٦) من قتلوا ، كلاب أهل النار ، كلاب أهل النار ، قد كانوا هؤلاء مسلمين فصاروا كفاراً . قلت : يا أبا أمامة هذا شيء تقوله ؟ قال : بل سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم . »

وعن علي رضي الله عنه في قوله تعالى : (قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُمْ بِالْأَخْسَرِينَ أَعْمَالاً) ^(٧) قال : « هم أهل النهران » . وعن أبي سعيد في حديث آخر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « هم ^(٨) شر الخلق والخليقة لئن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد » . وقال : « لا يجاوز إيمانهم حفاجرهم » .

وأكثر الفقهاء على أنهم بقاء ولا يرون تكفيرهم ، قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وجماعهم كالتدين . وقال ابن عبد البر في الحديث الذي رويناه قوله : « يتأري في الفوق » يدل على أنه لم يكفرهم لأهم علقوا من الإسلام بشيء بحيث يشك في خروجهم منه . وروى عن علي

(١) صفار الأسنان ضعفاء العقول . (ف)

(٢) التراقي جمع ترقوة . وهي العظم الذي في أعلى الصدر بين ثغرة النحر والماتق . (ف)

(٣) القائل أبو أمامة . (ف) (٤) سورة آل عمران آية ١٠٦

(٥) القائل أبو غالب الراوى عن أبي أمامة وحديثه في سنن الترمذى ج ١١ ص ١٢٧ (ف)

(٦) لفظ ابن ماجه ج ١ ص ٧٥ (خير قتلى) وليس فيه تكرار (كلاب أهل النار) وفيه (بل

سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم) . (ف)

(٧) سورة الكهف آية ١٠٢

(٨) في مسلم ج ٢ ص ٧٥٠ عن أبي ذر (هم شر الخلق والخليقة في ص ٧٤٢ عن أبي سعيد) لئن

أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد . (ف)

« أنه لما قاتل أهل النهر قال لأصحابه : لا تبدءوهم بالقتل ، وبعث إليهم : أقيدونا بعبد الله بن خباب ، قالوا : كلنا قتله » ، فحينئذ استحل قتالهم ، لإقرارهم على أنفسهم بما يوجب قتالهم . وذكر ابن عبد البر من على رضي الله عنه « أنه سئل عن أهل النهر ، أ كفارهم ؟ قال : من الكفر فروا ، قيل : فمناقون ؟ قال : إن المناقين لا يذكرون الله إلا قليلا ، قيل : فإمامهم ؟ قال : هم قوم أصابتهم فتنة ، فعبوا فيها وصموا ، وبغوا علينا وقاتلونا ، فقاتلناهم » . ولما جرحه ابن ملجم قال للحسن : أحسنوا لمساره ، فإن عشت فأنا ولي دمي ، وإن مت فضربة كضربتي . وهذا رأى عمر بن عبد العزيز فيهم ، وكثير من العلماء . والصحيح إن شاء الله أن الخوارج يجوز قتالهم ابتداء والإجازة^(١) على جريحتهم لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتالهم ووعد بالثواب من قتالهم ، فإن علياً كرم الله وجهه قال : لولا أن ينظروا لحدثكم بما وعد الله الذين يقتلونهم على لسان محمد صلى الله عليه وسلم ، ولأن بدعتهم وسوء فعلهم يقتضى حل دماهم ، بدليل ما أخبر به النبي صلى الله عليه وسلم من عظم ذنبهم ، وأنهم شر الخلق والخليقة ، وأنهم يرمقون من الدين ، وأنهم كلاب النار . وحنه على قتالهم ، وإخباره بأنه لو أدركهم لقتلهم قتل عاد ، فلا يجوز إلحاقهم بمن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالكف عنهم ، وتورع كثير من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتالهم ، ولا بدعة فيهم .

الصنف الرابع : قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام ، ويرومون خلعهم لتأويل سائغ ، وفيهم منعة يحتاج في كفهم إلى جمع الجيش ، فهؤلاء البغاة الذين نذكر في هذا الباب حكمهم ، وواجب على الناس معونة إمامهم في قتال البغاة لما ذكرنا في أول الباب ، ولأنهم لو تركوا معونته لقهره أهل البغي ، وظهر الفساد في الأرض .

مسألة

٧٠٧٦

قال أبو القاسم رحمه الله : ﴿ وإذا اتفق المسلمون على إمام فن خرج عليه من المسلمين يطالب موضعه حوربوا ، ودفعوا بأسهل ما يندفعون به ﴾ .

وجملة الأمر : أن من اتفق المسلمون على إمامته وبيعته ثبتت إمامته ووجبت معونته ، لما ذكرنا من الحديث والإجماع ، وفي معناه من ثبتت إمامته بعهد النبي صلى الله عليه وسلم أو بعهد إمام قبله إليه ، فإن أبا بكر ثبتت إمامته بإجماع الصحابة على بيعته ، وعمر ثبتت إمامته بعهد أبي بكر إليه ، وأجمع الصحابة على قبوله ، ولو خرج رجل على الإمام فقهره وغلب الناس بسيفه حتى أقروا له وأذعنوا بطاعته وتابوه صار إماماً يحرم قتاله ، والخروج عليه فإن عبد الملك بن مروان خرج على ابن الزبير فقتله واستولى

على البلاد وأهلها ، حتى بايعوه طوعاً وكرهاً ، فصار إماماً يحرم الخروج عليه ، وذلك لما في الخروج عليه من شق عصا المسلمين ، وإراقة دماهم ، وذهاب أموالهم ، ويدخل الخارج عليه في عموم قوله عليه السلام « من خرج على أمي وهم جميع ، فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان » فمن خرج على من ثبتت إمامته بأحد هذه الوجوه باغياً وجب قتاله ، ولا يجوز قتالهم حتى يبعث إليهم من يسألهم ويكشف لهم الصواب ، إلا أن يخاف كلبهم^(١) ، فلا يمكن ذلك في حقهم ، فأما إن أمكن تعريفهم عرفهم ذلك ، وأزال ما يذكرونه من المظالم وأزال حججهم ، فإن لجوا قتلهم حينئذ لأن الله تعالى بدأ بالأمر بالإصلاح قبل القتال فقال سبحانه : (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَبْغِي إِلَى أَمْرِ اللَّهِ)^(٢) .

وروى أن علياً رضي الله عنه راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل ، ثم أمر أصحابه أن لا يبدؤهم بالقتال ثم قال : إن هذا يوم من فلج^(٣) فيه فلج يوم القيامة ، ثم سمعهم يقولون : الله أكبر ، يالثرات عثمان ، فقال : اللهم أكب قنلة عثمان لوجوههم ، وروى عبد الله بن شداد بن الهادي أن علياً لما اعتزلته الحرورية^(٤) ، بعث إليهم عبد الله بن عباس فواضموه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف .

فإن أبوا الرجوع وعظهم وخوفهم القتال ، وإنما كان كذلك ، لأن المقصود كفههم ودفع شرهم لا قتلهم ، فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين فإن سألوا الإنظار^(٥) نظر في حالهم وبحث عن أسرم ، فإن بان له أن قصد الرجوع إلى الطاعة ومعرفة الحق أمهم ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، فإن كان قصد الاجتماع على قتاله وانتظار مدد يقولون به أو خديعة الإمام أو لياخذوه على غرة ويفترق عسكره لم ينظرهم وعاجلهم لأنه لا يأمن أن يصير هذا طريقاً إلى قهر أهل العدل ولا يجوز هذا وإن أعطوه عليه مالا لأنه لا يجوز أن يأخذ المال على إقرارهم على مالا يجوز إقرارهم عليه ، وإن بذل له رهائن على أنظارهم لم يحز أخذها لذلك ، ولأن الرهائن لا يجوز قتلهم لغدر أهلهم فلا يفيد شيئاً ، وإن كان في أيديهم أسرى من أهل العدل وأعطوا بذلك رهائن منهم قبلهم الإمام واستظهر للمسلمين ، فإن أطلقوا أسرى المسلمين الذين عندهم أطلقوا رهائنهم وإن قتلوا من عندهم لم يحز قتل رهائنهم لأنهم لا يقتلون بقتل غيرهم فإذا انقضت الحرب خلى الرهائن كما تخلى الأسارى

(١) السكب : يفتح السكاف واللام : الشر والاذى (ف)

(٢) سورة الحجرات آية ٩ .

(٣) فلج : فاز وظفر بمطلوبه (ف)

(٤) الحرورية : هم الخوارج وسموا بهذا لنزولهم بحروراء اسم قرية نمد وتقصير (ف)

(٥) هامش ١٨ : الإمهال من نسخه أخرى .

منهم ، وإن خاف الإمام على الفئة العادلة الضعف عنهم آخر قتالهم إلى أن تمكنه القوة عليهم لأنه لا يؤمن الاضطلام والاستئصال فيؤخرهم حتى تقوى شوكة أهل العدل ثم يقاتلهم وإن سألوه أن ينظروهم أبداً ويدعهم وما هم عليه ويكفوا عن المسلمين نظرت ، فإن لم يعلم قوته عليهم وخاف قهرهم له إن قاتلهم تركهم ، وإن قوى عليهم لم يجوز إقرارهم على ذلك ، لأنه لا يجوز أن يترك بعض المسلمين طاعة الإمام ولا تؤمن قوة شوكتهم بحيث يفضى إلى قهر الإمام العادل ومن معه .

ثم إن أمكن دفعهم بدون القتل لم يجوز قتالهم ، لأن المقصود دفعهم لأهلهم ، ولأن المقصود إذا حصل بدون القتل لم يجوز القتل من غير حاجة ، وإن حضر معهم من لا يقاتل لم يجوز قتله ، وقال أصحاب الشافعي : فيه وجه آخر ، يجوز ، لأن علياً رضي الله عنه نهى أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السجّاد ، وقال : إياكم وصاحب البرنس^(١) ، فقتله رجل^(٢) وأنشأ يقول :

وأشعث قوام بآيات ربّه قليل الأذى فيما ترى العين مُسَلِّم
هتكت له بالرمح جيب قميصه نحر صريعاً لليدنين وللغم
على غير شيء غير أن ليس تاباً علياً ومَن لم يتبّع الحقّ يظلم
يفاشدني حاميم ، والرمح شاجر فهلا تلا حاميم قبل التقدم ؟

وكان السجّاد حامل راية أبيه ، ولم يكن يقاتل ، فلم يفكر على قتله ، ولأنه صار ردءاً لهم .

ولنا : قول الله تعالى : (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُّتَمَدِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ)^(٣) ، والأخبار الواردة في قتل المسلم والإجماع على تحرّمه وإنما خص من ذلك ما حصل ضرورة دفع الباغى والصائل فنيا عداه يبقى على العموم والإجماع فيه ولهذا حرم قتل مدبرهم وأسيرهم والإجهاز على جريحهم مع أنهم إنما تركوا القتال مجزاً عنه ومتى ما قدروا عليه عادوا إليه فن لا يقاتل تورعاً عنه مع قدرته عليه ولا يخاف منه القتال بعد ذلك أولى ، ولأنه مسلم لم يحتاج إلى دفعه ولا صدر منه أحد الثلاثة فلم يحل دمه لقوله عليه السلام « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث » فأما حديث علي في نهيه عن قتل السجّاد فهو حجة عليه فإن نهى على أولى من فعل من خالفه ولا يمثل قول الله تعالى ، ولا قول رسوله ، ولا قول إمامه ، وقولهم : لم ينسكر قتله ، قلنا : لم ينقل إلينا أن علياً علم حقيقة الحال في قتله ، ولا حضر قتله فينكره ، وقد جاء أن علياً رضي الله عنه حين طاف في القتل رآه فقال : السجّاد ورب السكبة ، هذا الذي^(٤) قتله

(١) البرنس : كل ثوب رأسه منه ملتزق به .

(٢) في لسان العرب ج ١٢ ص ١٥١ : قتله الاشترا أو شريح .

(٣) سورة النساء آية ٩٣ (٤) يقصد على كرم الله وجهه أن السجّاد اندفع مع أبيه لحمل

رايته برأ به وإن كان لم يقاتل فأصابه ما أصابه . (ف)

بره بأبيه ، وهذا يدل على أنه لم يشعر بقتله ، ورأى كعب بن سور فقال : يزعمون أنما خرج إلينا الرعاع وهذا الخبر بين أظهرهم ، ويجوز أن يكون تركه الإنكار عليهم اجتزاء بالنهي المتقدم ، ولأن القصد من قتالهم كفهم ، وهذا كاف لنفسه فلم يجوز قتله كالمنهزم .

فصل

٧٠٧٧

وإذا قاتل معهم عبيد ونساء وصبيان فهم كالرجل البالغ الحر ، يقاتلون مقابلي ، ويتركون مدبرين ، لأن قتالهم الدفع ، ولو أراد أحد هؤلاء قتل إنسان جاز دفعه وقتاله ، وإن أتى على نفسه ، ولذلك قلنا في أهل الحرب إذا كان معهم النساء والصبيان يقاتلون قوتلوا وقتلوا .

فصل

٧٠٧٨

ولا يقاتل البغاة بما يم إتلافه كالنار والمنجنيق والتفريق من غير ضرورة ، لأنه لا يجوز قتل من لا يقاتل ، وما يم إتلافه يقع على من يقاتل ومن لا يقاتل ، فإن دعت إلى ذلك ضرورة ، مثل أن يحسب بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يم إتلافه جاز ذلك ، وهذا قول للشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا تحصن الخوارج فاحتاج الإمام إلى رميهم بالمنجنيق فعل ذلك بهم ، ما كان لهم عسكر ، وما لم ينهزموا ، وإن رماهم البغاة بالمنجنيق والنار جاز رميهم بمثله .

فصل

٧٠٧٩

قال أبو بكر : وإذا اقتتل طائفتان من أهل البغي فقدّر الإمام على قهرهما ، لم يمن واحدة منهما ، لأنهما جميعاً على الخطأ ، وإن عجز عن ذلك وخاف اجتماعهما على حربه ضم إليه أقربهما إلى الحق ، فإن استويا اجتهد برأيه في ضم إحداهما ، ولا يقصد بذلك معونة إحداهما ، بل الاستمانة على الأخرى ، فإذا هزمها لم يقاتل من معه حتى يدعوهم إلى الطاعة ، لأنهم قد حصلوا في أمانه ، وهذا مذهب الشافعي ، ولا يستعين على قتالهم بالكفار بحال ، ولا بمن يرى قتالهم مدبرين ، وبهذا قال الشافعي . وقال أصحاب الرأي : لا بأس أن يستعين عليهم بأهل الذمة والمستأمنين ، وصنف آخر منهم ، إذا كان أهل العدل هم الظاهرين^(١) على من يستعينون به .

ولنا : أن القصد كفهم وردمهم إلى الطاعة دون قتالهم وإن دعت الحاجة إلى الاستمانة بهم ، فإن كان يقدر على كفهم استعان بهم ، وإن لم يقدر لم يجوز .

(١) في ٢٩ : إذا كان أهل العدل ظاهرين .

فصل

٧٠٨٠

وإذا أظهر قوم رأى الخوارج مثل تكفير من ارتكب كبيرة وترك الجماعة واستحلال دماء المسلمين وأموالهم ، إلا أنهم لم يخرجوا عن قبضة الإمام ولم يفسكوا الدم الحرام ، فحكى القاضي عن أبي بكر أنه لا يعمل بذلك قتالهم ولا قتالهم ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور أهل الفقه ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، فعلى هذا حكمهم في ضمان النفس والمال حكم المسلمين .

وإن سبوا الإمام أو غيره من أهل العدل عزروا ، لأنهم ارتكبوا محرماً لا حد فيه ، وإن عرضوا بالسب فهل يزرون ؟ على وجهين ، وقال مالك في الإباضية : وسائر أهل البدع يستتابون ، فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم ، قال إسماعيل بن إسحاق رأى مالك قتل الخوارج وأهل القدر من أجل الفساد الداخل في الدين كقطاع الطريق ، فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم ، وأما من رأى تكفيرهم فقتلهم قوله إنهم يستتابون ، فإن تابوا وإلا قتلوا لكفرهم كما يقتل المرتد ، وحدثهم قول النبي صلى الله عليه وسلم : « فأينما^(١) أقيمتهم فاقتلهم » ، وقوله عليه السلام : « إن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد » ، وقوله صلى الله عليه وسلم في الذي أنكر عليهم وقال إنها^(٢) أقسم ما أريد بها وجه الله لأبي بكر « اذهب فاقتله » ، ثم قال لعمر مثل ذلك ، فأمر بقتله قبل قتاله ، وهو الذي قال : يخرج من ضنفيء هذا قوم - يعني الخوارج ، وقول عمر لصديق : لو وجدتكم مخلوقاً لضربت الذي فيه سيفك بالسيف - يعني لقتلك ، وإنما يقتل لكونه من الخوارج ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « سيأثم التسبيد »^(٣) يعني حلق رءوسهم .

(١) أخرجه مسلم عن علي بلفظ (فإذا لقيتموهم) ج ٢ ص ١٤٧ ، والحديث الذي بعده سبق تخريجه (ف)
 (٢) ورد في مسند أحمد ج ٣ ص ١٥ ، عن أبي سعيد الخدري أن أبا بكر جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنى مررت برادي كذا وكذا فإذا رجل منتخشع حسن الهيئة يصلي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : اذهب إليه فاقتله قال : فذهب إليه أبو بكر فلما رآه على تلك الحال كره أن يقتله فرجع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر : اذهب فاقتله فذهب عمر فرآه على تلك الحال التي رآه أبو بكر قال فكره أن يقتله قال فرجع فقال : يا رسول الله إنى رأيته يصلي منتخشعاً فكرهت أن أقتله قال : يا علي اذهب فاقتله قال : فذهب على فلم يره فرجع على فقال يا رسول الله إنه لم يره قال : فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن هذا وأصحابه يقرأون القرآن لا يجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ثم لا يعودون فيه حتى يعود السهم في فوقه فاقتلهم شر البرية ، ومنه يعلم ما في كلام المغني من خلط . أما الرجل الذي قال : إنها أقسم ما أريد بها وجه الله فقصته في الصحيحين وقد أتى النبي صلى الله عليه وسلم أن يقتله من أشار بقتله . (ف)

(٣) في سنن أبي داود ج ٢ ص ٥٤٤ (سيأثم التحليق والتسبيد) والتسبيد : استئصال الشعر (ف)

واحتج الأولون بفعل على رضى الله عنه ، فإنه روى عنه أنه كان يخطب يوماً فقال رجل بواب المسجد : لا حكم إلا لله ، فقال على^(١) : كذا حق أريد بها باطل ، ثم قال : لكم علينا ثلاث : لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله تعالى ، ولا نمنعكم التيء مادامت أيديكم معفا ، ولا نهبدأكم بقتال . وروى أبو يحيى قال : صلى على رضى الله عنه صلاة فناداه رجل من الخوارج : (لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين)^(٢) ، فأجابه على رضى الله عنه : (فاصبر إن وعد الله حق ولا يستخفك الذين لا يوقنون)^(٣) .

وكتب عدى بن أرطاة إلى عمر بن عبد العزيز أن الخوارج يسبونك ، فكتب إليه : إن سبوني فسبوم أو أعفوا عنهم ، وإن شتمروا السلاح فاشتمروا عليهم ، وإن ضربوا فاضربوا ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين معه في المدينة ، فلأن لا يتعرض لغيرهم أولى . وقد روى في خبر الخارجي الذي أنكر عليه أن خالداً قال^(٤) : يا رسول الله ألا أضرب عنقه ؟ قال : « لعله يصلى » قال : رب مصل لاخير فيه ، قال : « إني لم أوسر أن أنقب عن قلوب الناس » .

مسألة

٧٠٨١

قال : ﴿ فإن آل مادفعوا به إلى نفوسهم فلا شيء على الدافع ، وإن قتل الدافع فهو شهيد ﴾ وجملة أنه إذا لم يمكن دفع أهل البغي إلا بقتلهم جاز قتلهم ولا شيء على من قتلهم من إنهم ولا ضمان ولا كفارة ، لأنه فعل ما أمر به وقتل من أحل الله قتله وأمر بمقاتلته ، وكذلك ما أتلفه أهل العدل على أهل البغي حال الحرب من المال لا ضمان فيه ، لأنهم إذا لم يضمّنوا الأنفس فالأموال أولى ، فإن قتل العادل كان شهيداً لأنه قتل في قتال أمر الله تعالى به بقوله : (فقاتلوا التي تبغى)^(٥) ، وهل يفصل ويصلى عليه ؟ فيه روايتان :

إحداها : لا يفصل ولا يصلى عليه لأنه شهيد معركة أصراً بالقتال فيها فأشبهه شهيد معركة الكفار . والثانية : يفصل ويصلى عليه ، وهو قول الأوزاعي وابن المنذر ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالصلاة على من قال لا إله إلا الله واستثنى قتل الكفار في المعركة ، فبقيا عداه يبقى على الأصل ، ولأن شهيد معركة الكفار أجره أعظم وفضله أكثر ، وقد جاء أنه يشفع في سبعين من أهل بيته ، وهذا لا يباحق به في فصله ، فلا يثبت فيه مثل حكمه ، فإن الشيء إنما يقاس على مثله .

(١) هذه الفقرة أخرجه مسلم ج ٢ ص ٧٤٩ (ف)

(٢) سورة الزمر آية ٦٥ (٣) سورة الروم آية ٦٠ .

(٤) أخرجه مسلم ج ٢ ص ٧٤٢ (ف) (٥) سودة الحجرات آية ٩

٧٠٨٢

فصل

وليس على أهل البغى أيضاً ضمان ما أتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي في أحد قوليه ، وفي الآخر : يضمنون ذلك لقول أبي بكر لأهل الردة : تدون قتلانا ، ولاندى قتلناكم ، ولأنها نفوس وأموال معصومة أتلفت بغير حق ، ولا ضرورة دفع مباح ، فوجب ضمانه كالذى تلقت في غير حال الحرب .

والنا : ما روى الزهري أنه قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البديرون فأجمعوا على أن لا يقام حد على رجل ارتكب فرجا حراماً بتأويل القرآن ، ولا يفرم مالا أتلفه بتأويل القرآن ، ولأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ ، فلم تضمن ما أتلفت على الأخرى ، كأهل العدل ، ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ، فلا يشرع كتضمين أهل الحرب ، فأما قول أبي بكر رضي الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه ، فإن عمر قال له : أما أن يدوا قتلانا فلا ، فإن قتلانا قتلوا في سبيل الله تعالى على ما أمر الله ، فوافقه أبو بكر ، ورجع إلى قوله ، فصار أيضاً إجماعاً حجة لنا ، ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئاً من ذلك ، وقد قتل طليحة عكاشة بن محسن ، وثابت بن أقرم ، ثم أسلم فلم يفرم شيئاً ، ثم لو وجب التفرغ في حق المرتدين لم يلزم مثله ههنا ، فإن أولئك كفار لا تأوئل لهم ، وهؤلاء طائفة من المسلمين لم تأوئل سائغ ، فكيف يصح إلحاقهم بهم .

فأما ما أتلفه بعضهم على بعض في غير حال الحرب قبله أو بعده فعلى مقلده ضمانه ، وبهذا قال الشافعي ، ولذلك لما قتل الخوارج عبد الله بن خباب أرسل إليهم علي ، أقيدونا من عبد الله بن خباب ، ولما قتل ابن ملجم علياً في غير المعركة أقيد به وهل يتعتم قتل الباغي إذا قتل أحداً من أهل العدل في غير المعركة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يتعتم لأنه قتل بإشهار السلاح والسعي في الأوض بالفساد فيحتم قتله كحقاطع الطريق .

والثاني : لا يتعتم وهو الصحيح لقول علي رضي الله عنه إن شئت أن أعفو وإن شئت استعذت فأما الخوارج فالصحيح على ما ذكرنا إباحة قتلهم فلا قصاص^(١) على قاتل أحدهم ولا ضمان عليه في ماله .

٧٠٨٣

مسألة

قال : ﴿ وإذا دفنوا لم يتبع لهم مدبر ولا يجاز على جريحهم ولم يقتل لهم أسير ولم يغنم لهم مال ولم تسب له ذرية ﴾ .

وجعلته أن أهل البنى إذا تركوا القتال إما بالرجوع إلى الطاعة وإما بإلقاء السلاح وإما بالمزينة إلى فئة أو إلى غير فئة وإما بالمجز الجراح أو مرض أو أسر فإنه يحرم قتلهم وإتباع مدبرهم ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : إذا هزموا ولا فئة لهم كقولنا ، وإن كانت لهم فئة يلجأون إليها جاز قتل مدبرهم وأسيرهم والإجازة^(١) على جريحهم . وإن لم يكن لهم فئة لم يقتلوا لکن يضربون ضرباً وجيعاً ويحبسون حتى يلقوا عمام عليه ويحدنوا نوبة ذكروا هذا في الخوارج ويروى عن ابن عباس نحو هذا واختاره بعض أصحاب الشافعي لأنه متى لم يقتلهم اجتمعوا ثم عادوا إلى الحاربة .

وأما : ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل^(٢) لا يذف على جريح ولا يهتك ستر ولا يفتح باب ومن أغلق باباً أو باباً فهو آمن ولا يتبع مدبر وقد روى نحو ذلك عن عمار وعن علي رضي الله عنه أنه ودى قوماً من بيت مال المسلمين قتلوا مدبرين ، وعن أبي أمامة أنه قال شهدت صفين وكانوا لا يجيزون على جريح ولا يقتلون مولياً ولا يسلبون قتيلاً وقد ذكر القاضي في شرحه عن عبد الله بن مسعود^(٣) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « يا ابن أم عبد ما حكم من بنى على أمي ؟ قلت الله ورسوله أعلم فقال : لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيهم » ولأن المقصود دفعهم وكفهم وقد حصل فلم يميز قتلهم كالأصائل ولا يقتلون لما يخاف في الثاني^(٤) كما لو لم تكن لهم فئة . إذا ثبت هذا فإن قتل إنسان من مَنسَح من قتلته ضمنه لأنه قتل معصوماً لم يؤمر بقتله وفي القصاص وجهان .

أحدهما : يجب لأنه مكافئ معصوم . والثاني : لا يجب لأن في قتلهم اختلافاً بين الأئمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص لأنه مما يندري بالشبهات .

وأما أسيرهم فإن دخل في الطاعة خلى سبيله ، وإن أبى ذلك وكان رجلاً جليداً من أهل القتال حبس مادامت الحرب قائمة ، فإذا انقضت الحرب خلى سبيله ، وشرط عليه أن لا يعود إلى القتال ، وإن لم يكن الأسير من أهل القتال كالنساء والصبيان والشيوخ الغانين خلى سبيلهم ، ولم يحبسوا في أحد الوجوهين ، وفي الآخر يحبسون لأن فيه كسراً لقلوب البغاة ، وإن أسر كل واحد من الفريقين أسارى من الفريق الآخر جاز فداء أسارى أهل العدل بأسارى أهل البنى ، وإن قتل أهل البنى أسارى أهل العدل لم

(١) في ٣٩ : والإجازة .

(٢) أخرج سعيد بن منصور عن مروان بن الحكم قال : صرخ صارخ لعل يوم الجمل لا يقتل مدبر ولا يذف على جريح ومن أغلق باباً فهو آمن ومن ألقى السلاح فهو آمن . . (ف)

(٣) أخرج الحاكم والبيهقي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابن مسعود يا ابن أم عبد ما حكم من بنى من أمي ؟ قال : الله ورسوله أعلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يتبع مدبرهم ولا يجيز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم . (ف)

(٤) في الشرح الكبير ج ١٠ ص ٩٩ ولما يخاف في ثانی الحال . .

يجز لأهل المدل قتل أسرارهم لأنهم لا يقتلون بحفاية غيرهم ولا يزرون وزر غيرهم وإن أبى البغاة مفاداة الأسرى الذين معهم وحبسهم احتمال أن يجوز لأهل المدل حبس من معهم ليتوصلوا إلى تخليص أسرارهم بحبس من معهم ويحتمل أن لا يجوز حبسهم وبطالقون لأن الذنب في حبس أسارى أهل المدل أعيرهم .

فصل

٧٠٨٤

فأما غنمة أموالهم وسبي ذريتهم فلا نعلم في تحريمه بين أهل العلم خلافاً ، وقد ذكرنا حديث أبي أمامة وابن مسعود ، ولأنهم معصومون وإنما أبيع من دمائهم وأموالهم ما حصل من ضرورة دفعهم وقتالهم وما عداه يبقى على أصل التحريم ، وقد روى أن علياً رضي الله عنه يوم الجمل قال : من عرف شيئاً من ماله مع أحد فليأخذه وكان بعض أصحاب علي قد أخذ قدراً وهو يطبخ فيها لحاء صاحبها ليأخذها فسأله الذي يطبخ فيها إمامه حتى يفضج الطبخ ، فأبى وكبه وأخذها ، وهذا من جملة ما نقيم الخوارج من على فإنهم قالوا : إنه قاتل ولم يسب ، ولم يقتل ، فإن حلت له دماؤهم فقد حلت له أموالهم ، وإن حرمت عليه أموالهم فقد حرمت عليه دماؤهم ، فقال لهم ابن عباس : أفقتسبون أمكم ؟ يعني عائشة أم تستحلون منها ما تستحلون من غيرها ؟ فإن قلتم ليست أمكم فقد كفرتم ، وإن قلتم : إنها أمكم واستحلتم سببها فقد كفرتم ، يعني بقوله إنكم إن جحدتم أنها أمكم فقد قال الله تعالى : (النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم)^(١) فإن لم تكن أمائهم لم يسكنوا من المؤمنين ، ولأن قتال البغاة إنما هو لدفعهم وردم إلى الحق لا لكفرهم فلا يستباح منهم إلا ما حصل ضرورة الدفع كالأصائل وقاطع الطريق وبقي حكم المال والذرية على أصل المصمة ، وما أخذ من كراهم وسلاحهم لم يرد إليهم حال الحرب لئلا يقاتلوا به . وذكر القاضي أن أحمد أوما إلى جواز الانتفاع به حال التهام الحرب ، ولا يجوز في غير قتالهم ، وهذا قول أبي حنيفة ، لأن هذه الحال يجوز فيها إتلاف نفوسهم وحبس سلاحهم وكراهم ، فجاز الانتفاع به كسلاح أهل الحرب . وقال الشافعي : لا يجوز ذلك إلا من ضرورة إليه لأنه مال مسلم فلم يجز الانتفاع به بغير إذنه كغيره من أموالهم .

وقال أبو الخطاب في هذه المسألة وجهان كاللذهبيين ، ومتى انقضت الحرب وجب رده إليهم كما ترد إليهم سائر أموالهم أقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يجل مال أسرى مسلم إلا عن طيب نفس منه »^(٢) . وروى أبو قيس أن علياً رضي الله عنه نادى من وجد ماله فليأخذه .

(١) سورة الاحزاب آية ٦

(٢) أخرجه الدارقطني عن أبي حرة الرقاشي عن عمه ، وأخرجه عن أنس .

مسألة

٧٠٨٥

قال : ﴿ ومن قتل منهم غسل وكفن وصلى عليه ﴾ .

يعنى من أهل البنى ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أصحاب الرأى : إن لم يكن لهم فئمة صلى عليهم وإن كانت لهم فئمة لم يصل عليهم ، لأنه يجوز قتلهم في هذه الحال فلم يصل عليهم كالسكفار .

وانما قول للنبي صلى الله عليه وسلم : « صلوا على من قال لا إله إلا الله » . رواه الخلال في جامعه ، ولأنهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة فيفسلون ويصلى عليهم كالمسلمين لم يكن لهم فئمة . وما ذكره بنقفص بالزنى الحصن والمقتص منه والقاتل في المحاربة .

فصل

٧٠٨٦

لم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم في هذا وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى . وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه لا يصل على الخوارج فإنه قال : أهل البدع إن سرضوا فلا تمودوم ، وإن ماتوا فلا تصلوا عليهم . وقال أحمد : الجهمية والرافضة لا يصل عليهم قد ترك النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة بأقل من هذا . وذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تقاتل خيبر من ناحية من نواحيها فقاتل رجل من تلك الناحية فقتل^(١) فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقتل^(٢) إنه كان في قرية أهلها نصارى ليس فيها من يصل عليه ؟ قال « أنا لا أشهده بشهده من شاء » .

وقال مالك : لا يصل على الإباضية ، ولا القدرية ، وسائر أصحاب الأهواء ولا تتبع جفائزهم ولا تعاد مرضاهم . والإباضية صنف من الخوارج نسبوا إلى عبد الله بن إباح صاحب مقاتلهم ، والأزارقة أصحاب نافع بن الأزرق ، والنجيدات أصحاب نجدة الحرورى ، والبيهسية أصحاب بهس ، والصفرية قيل لأنهم نسبوا إلى صفرة ألوانهم وأصنافهم كثيرة ، والحرورية نسبوا إلى أرض يقال لها حروراء خرجوا بها . وقال أبو بكر بن عياش : لا أصلى على الرافضى لأنه زعم أن عمر كافر ولا على الحرورى لأنه يزعم أن علياً كافر . وقال الفريابي من شتم أبا بكر فهو كافر لا يصل عليه .

(١) روى نظير هذا عن زيد بن خالد الجهنى أن رجلاً من المسلمين توفى بخيبر وأنه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم قتال : صلوا على صاحبكم فتغيرت وجوه القوم لذلك . فلما رأى الذى بهم قال : إن صاحبكم غل في سبيل الله ففتشنا متاعه فوجدنا فيه خرزاً من خرز اليهود مايساوى درهمين . رواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه .

(٢) في الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٣ ، فقتل له : فإن كان في قرية أهلها نصارى ، أى فقتل لأحد وهو سؤال له .

ووجه ترك الصلاة عليهم أنهم يكفرون أهل الإسلام ولا يرون الصلاة عليهم فلا يصلى عليهم كالسكران من أهل الذمة وغيرهم ولأنهم سرقوا من الدين فأشبهوا المرتدين .

٧٠٨٧

فصل

والبنية إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين وإنما هم مخطئون في تأويلهم والإمام وأهل العدل مصيبون في قتالهم فهم جميعاً كالجتهدين من الفقهاء في الأحكام من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلاً ، وهذا قول الشافعي ولا أعلم في قبول شهادتهم خلافاً ، فأما الخوارج وأهل البدع إذا خرجوا على الإمام فلا تقبل شهادتهم لأنهم فاسق ، وقال أبو حنيفة : يفسقون بالبغي وخروجهم على الإمام ولكن تقبل شهادتهم لأن فسقهم من جهة الدين فلا ترد به الشهادة وقد قبل شهادة السكران بعضهم على بعض ، ويدكر ذلك في كتاب الشهادة إن شاء الله تعالى .

٧٠٨٨

فصل

ذكر القاضي أنه لا يكره للمعادل قتل ذي رحمه الباغى لأنه قتل بحق فأشبهه إقامة الحد عليه وكرهت طائفة من أهل العلم القصد إلى ذلك وهو أصح إن شاء الله لقول الله تعالى : (وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُكُمْ فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا)^(١) . وقال الشافعي : كف النبي صلى الله عليه وسلم أبا حذيفة وعتبة عن قتل أبيه وقال بعضهم لا يحل ذلك لأن الله تعالى أمر بمصاحبتهم بالمعروف وليس هذا من المعروف فإن قتله فهل يرثه ؟ على روايتين :

إحداها : يرثه هذا قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لأنه قتل بحق فلم يمنع الميراث كالفصاح والقتل في الحج .

والثانية : لا يرثه ، وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام « ليس^(٢) لقاتل شيء » . وأما الباغي إذا قتل العادل فلا يرثه وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة يرثه لأنه قتل بتأويل أشبه قتل العادل الباغي .

ولنا أنه قتل بغير حق فلم يرثه كالقاتل خطأ ، وفارق ما إذا قتل العادل لأنه قتل بحق ، وقال قوم إذا نعد العادل قتل قريبه فقتله ابتداء لم يرثه وإن قصد ضربه ليصير غير ممتنع فخرجه ومات من هذا الضرب ورثه لأنه قتل بحق . وهذا قول ابن المنذر وقال هو أقرب الأقاويل .

(١) سورة لقمان آية ١٥ .

(٢) أخرجه ابن ماجه والموطأ وأحمد عن عمر .

مسألة

٧٠٨٩

قال : ﴿ وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة أو خراج لم يعد عليهم ﴾ .

وجملته أن أهل البنى إذا غلبوا على بلد فجبوا الخراج والزكاة والحزبة وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه فإذا ظهر أهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البنى لم يطالبوا بشيء مما جبهوه ولم يرجع به على من أخذ منه ، روى نحوه هذا عن ابن عمر وسلمة بن الأكوع وهو قول الشافعي وأبي نؤير وأصحاب الرأي وسواء كان من الخوارج أو من غيرهم . وقال أبو عبيد : على من أخذوا منه الزكاة الإعادة لأنه أخذها ممن لا ولاية له صحيحة فأشبهه ماله أخذها أحاد الرعية .

ولنا : أن علياً لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبهوه وكان ابن عمر إذا أتاه ساعى نجدة الحروروى دفع إليه زكاته ، وكذلك سلمة بن الأكوع ، ولأن في ترك الاحتساب بها ضرراً عظيماً ومشقة كثيرة ، فإنهم قد يغلبون على البلاد السفين السكينة ، فلو لم يحتسب بما أخذوه أدى إلى نفي^(١) للصدقات في تلك المدة كلها .

فإذا ثبت هذا : فإذا ذكر أرباب الصدقات أنهم قد أخذوا صدقاتهم قبل قولهم بغير يمين ، قال أحد : لا يستحل الناس على صدقاتهم ، وإن ادعى أهل الذمة دفع جزيتهم لم تقبل بغير بيعة لأنهم غير مأمونين ، ولأن ما يجب عليهم عوض وليس بمواساة فلم يقبل قولهم كأجرة الدار ويحتمل أن يقبل قولهم إذا مضى الحول لأن الظاهر أن البيعة لا يدعون الجزية لهم فكان القول قولهم لأن الظاهر معهم ، ولأنه إذا مضى لذلك سنون كثيرة شق عليهم إقامة البيعة على كل عام فيؤدى ذلك إلى تفريمهم الجزية مرتين ، وإن ادعى من عليه الخراج دفعه إليهم ففيه وجهان . أحدهما : يقبل . لأنه حق على مسلم فقبل قوله فيه كالزكاة . والثاني : لا يقبل لأنه عوض فأشبهه الجزية وإن كان من عليه الخراج ذمياً فهو كالجزية لأنه عوض على غير مسلم فهو كالجزية ولأنه أحد الخراجين فأشبهه الجزية .

مسألة

٧٠٩٠

قال : ﴿ ولا ينقض من حكم حاكمهم إلا ما ينقض من حكم غيره ﴾ .

يعنى إذا نصب أهل البنى قاضياً يصلح للقضاء في حكمه حكم أهل العدل ينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام أهل العدل ويرد منه ما يرد فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجوز قضاؤه لأنه

(١) في النسخ (ننا) بالالف والاولى (ننى) بكسر المثلثة وفتح الفون مع القصير أى الامر بعماد مرتين والمراد أنه يؤدى إلى أخذ الصدقة مرتين في السنة الواحدة .

ليس بعدل وهذا قول للشافعى ، وقال أبو حنيفة لا يجوز قضاؤه بحال لأن أهل البنى يفسقون ببنيتهم والفسق ينافى القضاء .

ولنا : أنه اختلاف فى الفروع بتأويل سائغ فلم يمنع صحة القضاء ولم يفسق باختلاف الفقهاء ، فإذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بما لا يخالف إجماعاً نفذ حكمه ، وإن خالف ذلك نقض حكمه فقاضى أهل البنى أولى ، وإن حكم بسقوط الضمان عن أهل البنى فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه لأنه موضع اجتهاد وإن كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ لأنه مخالف للإجماع وإن حكم على أهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفة للإجماع ، وإن حكم بوجوب ضمان ما أتلفوه فى غير حال الحرب نفذ حكمه ، وإن كتب قاضيتهم إلى قاضى أهل العدل جاز قبول كتابه لأنه قاضى ثابت القضاء نافع الأحكام ، والأولى أن لا يقبله كسراً لقلوبهم ، وقال أصحاب الراى لا يقبله لأن قضاؤه لا يجوز وقد سبق الكلام فى هذا ، فأما المخارج إذا ولوا قاضياً لم يجز قضاؤه لأن أقل أحوالهم الفسق والفسق ينافى القضاء ويحتمل أن يصح قضاؤه وتنفيذ أحكامه لأن هذا مما يتناول وفى القضاء بفساد قضاياء وعقوده الأنسكة وغيره ضرر كثير فجاز دفعاً للضرر كما لو أقام الحدود وأخذ الجزية والخراج والزكاة .

فصل

٧٠٩١

وإن ارتكب أهل البنى فى حال امتناعهم ما يوجب الحد ثم قدر عليهم أقيمت فيهم حدود الله تعالى ولا تسقط باختلاف الدار وبهذا قال مالك والشافعى وابن المنذر وقال أبو حنيفة إذا امتنعوا بدار لم يجب الحد على أحد منهم ولا على من عندهم من تاجر أو أسير لأنهم خارجون عن دار الإمام فأشبهوا من فى دار الحرب .

ولنا : عموم الآيات والأخبار ولأن كل موضع تجب فيه العبادات فى أوقاتها تجب الحدود فيه عند وجود أسبابها كدار أهل العدل . ولأنه زان أو سارق لاشبهة فى زناه وسرقته فوجب عليه الحد كالذى فى دار العدل ، وهكذا نقول فيمن أتى حداً فى دار الحرب فإنه يجب عليه لكن لا يقيم إلا فى دار الإسلام على ما ذكرناه فى موضعه .

فصل

٧٠٩٢

وإذا استعان أهل البنى بالكفار فلا يخلو من ثلاثة أصناف :

أحدهم : أهل الحرب ، فإذا استعانوا بهم أو آمنوهم أو عقدوا لهم ذمة ، لم يصح واحد منها ، لأن الأمان من شرط صحته إزاء كفهم عن المسلمين ، وهؤلاء يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح ، ولأهل

العدل قتالهم كمن لم يؤمنوه سواء ، وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم ، فأما أهل البنى فلا يجوز لهم قتلهم لأنهم آمنهم فلا يجوز لهم القدر بهم .

الصف الثاني : المستأمنون ، فتي استعانوا بهم فأعانوهم نقضوا عهدهم وصاروا كأهل الحرب لأنهم تركوا الشرط وهو كفهم عن المسلمين ، فإن فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض عهدهم لأن لهم عذراً ، وإن ادعوا الإكراه لم يقبل قولهم إلا ببيضة لأن الأصل عدمه .

الصف الثالث : أهل الذمة ، فإذا أعانوهم وقالوا معهم ففهم وجهان ذكرهما أبو بكر :

أحدهما : ينتقض عهدهم لأنهم قاتلوا أهل الحق فينتقض عهدهم كالو انفردوا بقتالهم .

والثاني : لا ينتقض ، لأن أهل الذمة لا يعرفون الحق من المبطل ، فيكون ذلك شبهة لهم وللشافعي قولان كالوجهين . فإن قلنا ينتقض عهدهم صاروا كأهل الحرب فيما ذكرنا . وإن قلنا لا ينتقض عهدهم لحكمهم حكم أهل البنى في قتل مقبلهم والكف عن أسيرهم ومدبرهم وجريحهم ، إلا أنهم يضمنون ما أتلفوا على أهل العدل حال القتال وغيره ، بخلاف أهل البنى فإنهم لا يضمنون ما أتلفوا حال الحرب ، لأنهم أتلفوا بتأويل سائح ، وهؤلاء لا تأويل لهم ، ولأنه سقط الضمان عن المسلمين كيلا يؤدي إلى تفجيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ، وأهل الذمة لا حاجة بنا إلى ذلك فيهم ، وإن أكرههم البقاء على معونتهم لم ينتقض عهدهم ، وإن ادعوا ذلك قبل قولهم لأنهم تحت أيديهم وقدرتهم ، وإن قالوا ظننا أن من استعان بنا من المسلمين لزمنا معونته لم ينتقض عهدهم إن فعل ذلك المستأمنون انتقض عهدهم ، والفرق بينهما أن أهل الذمة أقوى حكماً ، لأن عهدهم مؤبد ولا يجوز نقضه لخوف الخيانة منهم ويلزم الإمام الدفع عنهم والمستأمنون بخلاف ذلك .

فصل

٧٠٩٣

وإذا ارتد قوم فأتلفوا مالا للمسلمين لزمهم ضمان ما أتلفوه ، سواء تحيزوا أو صاروا في منعة أو لم يصيروا ، ذكره أبو بكر ، قال القاضي : وهو ظاهر كلام أحد ، وقال الشافعي : حكمهم حكم أهل البنى فيما أتلفوا من الأنفس والأموال ، لأن تضمينهم يؤدي إلى تفجيرهم عن الرجوع إلى الإسلام فأشبهوا أهل البنى .

ولما مروى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لأهل الردة حين رجعوا : تردون علينا ما أخذتم منا ولا ترد عليكم ما أخذنا منكم ، وأن تدوا قتلاتنا ولا ندى قتلاككم . قالوا : نعم يا خليفة رسول الله . فقال عمر : كل ما قلت كما قلت إلا أن يدوا ما قتل منا فلا ، لأنهم قوم قتلوا في سبيل الله واستشهدوا ولأنهم أتلفوه بنير تأويل فأشبهوا أهل الذمة ، فأما القتل لحكمهم فيهم حكم أهل البنى لما ذكرنا من خير أبي بكر وعمر ، ولأن طلحة الأسدي قتل عكاشة بن محصن الأسدي وثابت بن أقرم فلم يفرمهما ،

وبنوا حنيفة قتلوا من قتلوا من المسلمين يوم اليمامة فلم يفرموا شيئاً ، ويحتمل أن يحمل قول أحد وكلامه في المال على وجوب رد ما في أيديهم دون ما أتلّفوه وعلى من أتلّف من غير أن يكون له منعة أو أتلّف في غير الحرب وما أتلّفوه حال الحرب فلا ضمان عليهم فيه ، لأنه إذا سقط ذلك عن أهل البغى كيلا يؤدي إلى تنفيرهم من الرجوع إلى الطاعة فلأن يسقط ذلك كيلا يؤدي إلى التنفير عن الإسلام أولى ، ولأنهم إذا امتنعوا صاروا كفاراً ممتنعين بدارهم فأشبهوا أهل الحرب ، ويحمل قول أبي بكر على ما بقي في أيديهم من المال ، فيكون مذهب أحد ومذهب الشافعي في هذا سواء ، وهذا أعدل وأصح إن شاء الله تعالى ، فأما من لا منعة له فيضمن ما أتلّف من نفس ومال كالواحد من المسلمين أو أهل الذمة ، لأنه لا منعة له ولا يكثر ذلك منه ، فبقي المال والنفس بالنسبة إليه على عصمته ووجوب ضمانه . والله أعلم .

انتهى الجزء الثامن بحمد الله
ويقلوه الجزء التاسع بعون الله
وأوله « كتاب المرتد »

فهرس الجزء الثامن من كتاب المغنى لابن قدامة

الموضوع	الصفحة
كتاب الطهار	٣
اشتقاقه - حكمه - دليل تحريمه من الكتاب والسنة .	٣
من يصح منه الطهار - طهار السكران - طهار الصبي والخلاف فيه .	٤
من لا يصح طهاره - إذا شبه امرأته بمن تحرم على التأييد .	٥
إذا شبه امرأته بمن تحرم تحريماً مؤقتاً والخلاف فيه - تشبيهها بظهر أبيه .	٦
إن قال : أنت عندى كأمى ، أو على كأمى .	٧
إن قال : أنت على حرام - إن قال : الحل على حرام .	٨
إن قال : أنت طالق كظهر أمى .	٩
نية الطلاق والظهار بقوله : أنت على حرام - تشبيهه عضو من زوجته بظهر أمه .	١٠
إن قال : أنا مظاهر أو على الطهار أو على الحرام - تحريم الوطء قبل النفكاح .	١١
الخلاف في إباحة التلذذ بما دون الجماع - الطهار من الأمر وأم الولد .	١٢
الظهار الموقت والخلاف في كفاؤه .	١٣
تعليق الطهار بشرط - تعليقه بمشيئة الله تعالى .	١٤
إذا مات أحد الزوجين أو فارقه قبل العود .	١٥
الخلاف في معنى العود - إذا طلق المظاهر منها ثم تزوجها .	١٦
إذا ظاهر من أجنبية ثم تزوجها .	١٧
إن ظاهر من زوجته وهى أمة فلم يكفر حتى ما يكها .	١٩
إن ظاهر من نسائه الأربع بلفظ واحد - أو بألفاظ عدة .	٢٠
كفارة الطهار .	٢١
شروط الرقبة المجزئة في كفارة الطهار .	٢٢
يجزى الأعور - لا يجزى من قطع عضو منه أو شل .	٢٣
يجزى الجاني والمرهون - لا يجزى المفضوب - من لم يجد رقبة .	٢٤
صيام من له مال غائب مرجو الحضور .	٢٥
إن وجد ثمن الرقبة ولم يجد من يشتريه - التتابع في الصوم .	٢٦
الفطر لعذر مبيح لا يقطع التتابع .	٢٧
إن أفطر لغير عذر أو بصوم نذر أو قضاء أو تطوع - إن أصاب زوجته في ليالى الصيام .	٢٨
إن لم يستطع العتق ولا الصوم - الإطعام .	٢٩
قدر الطعام في الكفارة .	٣٠
كيفية الإطعام - جنس الطعام - مستحقه - التتابع في الإطعام .	٣٢
يجزى في الإطعام ما يجزى في الفطرة .	٣٣

الموضوع	الصفحة
الخلاف في جواز إخراج الخبز - الهريسة والعصيدة .	٣٤
من يستحق الكفارة - الخلاف في جواز إعطاء الكافر .	٣٥
إذا تحمل صوم الظهار زمان لا يصبح صومه .	٣٦
إن نوى صوم رمضان عن الكفارة .	٣٧
كفارة العبد - الخلاف في جواز إعتاق العبد عبداً في الكفارة .	٣٨
اعتبار الكفارة بحال الوجوب أو بأغلب الأحوال .	٣٩
كفارة المظاهر الذي .	٤٠
من رطى قبل الكفارة - ظهار المرأة من زوجها .	٤١
الخلاف في وجوب الكفارة على المرأة إذا ظاهرت من زوجها .	٤٢
إذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكثر .	٤٣
حكم النية في صحة الكفارة .	٤٤
أحوال الإعتاق عن كفارتين .	٤٥
كتساب اللعان	٤٧
الأصل فيه من الكتاب والسنة .	٤٧
صفة الزوجين اللذين يصح اللعان بينهما .	٤٨
أحوال الزوج غير المكلف في اللعان .	٥٠
أحوال من يحن ويفيق	٥١
الأخرس والخرساء - إذا تكلم الآخرس وأنكر .	٥٢
إن قذفها وهوناطق ثم خرس - النسب مع اللعان .	٥٣
قذف المنكوحه نكاحاً فاسداً واللعان لثني الولد .	٥٥
حكم اللعان قبل وضع الولد - لعان المطلقة الرجعية .	٥٦
لا لعان إن قذف أجنبية ثم تزوجها .	٥٧
يجب اللعان بكل قذف للزوجة - فسق القاذف .	٥٨
لا لعان إلا بطلب الزوجة .	٥٩
يسقط اللعان بالموت ويلحقه الولد وترثه الزوجة .	٦٠
إذا قذف زوجته وله بينة على زناها .	٦١
إذا قال اليهود قذف فلانة وقذفنا .	٦٢
متى تحصل الفرقة بين المتلاعنين - تفريق الحاكم .	٦٣
الخلاف في حصول الفرقة بلعان الزوج وحده .	٦٤
الخلاف في فرقة اللعان هل هي فسخ أو طلاق .	٦٥
الخلاف فيما إذا أكذب الزوج نفسه - هل تحمل الزوجة أم لا .	٦٦
على الزوج الحد إذا أكذب نفسه - لحوق نسب الولد .	٦٧

الموضوع	الصفحة
شروط اللعان النافى للولد .	٦٨
إن ولدت توأمين ونفى الزوج أحدهما .	٧٠
ضروف القذف ثلاثة - الواجب .	٧١
القذف المحرم .	٧٢
حكم قذف المكرهة على الزنى وحكم الولد .	٧٤
الخلاف فى لعان الحامل .	٧٥
إذا سككت الزوج عن نفي الولد .	٧٦
يلزم النسب إذا قبل الزوج التهنئة بالولد .	٧٧
لا حد فى قول الزوج : ليس هذا الولد منى .	٧٨
حكم الولد إذا اتفق لإمكان كونه من الزوج .	٧٩
لحوق النسب بوطء غير المتزوجة بشبهة .	٨٢
صفة اللعان الذى يبرىء من الحد .	٨٣
استحباب حضور جماعة المسلمين .	٨٤
الخلاف فى اشتراط الزمان والمكان - أعاظ اللعان .	٨٥
شروط صحة اللعان خمسة .	٨٧
الالتعان بغير العربية - اشتراط ذكر الولد .	٨٨
يلزم حدان بقذف الزوجة أو أجنبية أو أجنبياً .	٨٩
إن قال : يازانية بذت الزانية - قذف لمحصن مرات .	٩٠
إذا لاعنما وامتنعت من الملاعة .	٩٣
لا حد بالإقرار أقل من أربع مرات .	٩٤
كتاب العدد	٩٦
الأصل فى وجوب العدة - الخلاف فى عدة الزمية .	٩٦
المعتدة بالحمل - بالقروء - بالشهور .	٩٧
عدة الوطوء بشبهة - عدة المزنى بها والخلاف فيها	٩٨
وجوب العدة بالخلوة وإن لم يمس .	٩٩
عدة المطلقة الحرة الحائض ثلاثة قروء .	١٠٠
عدم احتساب الحيضة التى طلقت فيها .	١٠٢
مقى تباح المعتدة بالقروء للأزواج .	١٠٣
عدة الأمة والخلاف فيها .	١٠٤
عدة الآيسة والتى لم تحسن .	١٠٥
تحديد زمان بدء العدة .	١٠٦
اختلاف الرواية فى سن الآيسة .	١٠٧

الموضوع	الصفحة
أقل سن الحيض - عدة من لم تحض في سن الحيض .	١٠٨
إن أعتقت الأمة تحت العبد فاختارت نفسها .	١٠٩
إن طلقها وهي تحيض فارتفع حيضها .	١٠٩
إن حاضت ثم ارتفع دون معرفة السبب .	١١١
عدة المستحاضة . الخلاف في المبتدأة لا تعرف وقت الحيض .	١١٢
إذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انفصالها .	١١٣
إذا أرتابت المعتدة فلها أحوال ثلاثة .	١١٤
عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل .	١١٥
العشر المعتبرة في العدة .	١١٦
انقضاء العدة بانفصال جميع الحمل - أحوال مانعة الزوجة من طهرها	١١٩
أقل مدة الحمل - أقصى مدة الحمل .	١٢١
إذا ولدت لأربع سنين منذ بانث أو مات الزوج .	١٢٢
إذا ولدت زوجة من لا يولد لمثله .	١٢٣
المعتدة من غير النكاح الصحيح .	١٢٦
إن تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح .	١٢٧
إن طلقها ثم ارتجعها في العدة وواطئها ثم طلقها .	١٢٨
إن طلقها رجعيًا فنكحت في عدتها من وطئها .	١٢٩
أحوال الغيبة عن الزوجة - الغيبة المنقطعة - المفقود .	١٣٠
إبتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم لها .	١٣٣
نفقة امرأة المفقود إذا اختارت الصبر .	١٣٥
إذا تزوجت امرأة المفقود في وقت لا يصح فيه الزواج .	١٣٧
متى يقسم مال المفقود - إذا فقدت الأمة زوجها .	١٣٨
عدة المعتق بعضها - أم الولد .	١٤٠
لا يكفي في الإستبراء طهر واحد ولا بعض حيضة .	١٤١
عدة الآيسة ثلاثة أشهر .	١٤٢
إن ارتفع الحيض ولا تدري ما رفعه - إن علمت ما رفعه - عدة الحامل	١٤٣
إن مات زوجها وسيدها ولا تعلم أيها مات أولاً .	١٤٤
استبراء من لا تحيض	١٤٥
إن اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها وأراد زواجها .	١٤٦
استبراء الأمة بين شريكين .	١٤٧
لا تخل الأمة الوثنية دون استبراء .	١٥٠
استبراء العبد أمة المطلقة قبل الدخول .	١٥١

الموضوع	الصفحة
لا استبراء إذا اشترى الرجل زوجته الامة .	١٥٢
أحوال الجارية المشتراة وبها حمل .	١٥٣
ما تجتنبه الوجة المتوفى عنها زوجها (الإحداد) .	١٥٤
لا إحداد على غير الزوجات .	١٥٥
الزينة المنوعة .	١٥٦
زينة الشباب .	١٥٧
الحلى - النقاب - المييب في غير منزلها .	١٥٨
لا سكنى للحوائل المتوفى عنها زوجها .	١٦٠
حكم خروج المعتدة لحوائجها - الامة كالحرّة في الإحداد .	١٦٣
الخلاف في إحداد المطاوعة ثلاثاً - السكنى للبيتوتة الحامل .	١٦٤
عدم تعين المكان الذى تسكنه المطلقة .	١٦٦
رجوع من خرجت للحج فتوفى عنها زوجها .	١٦٧
كتاب الرضاع	١٧١
الأصل في التحريم بالرضاع - عدد الرضعات المحرمة والخلاف فيه .	١٧١
إذا وقع الشك في وجود الرضاع أو عدده .	١٧٢
السموط والوجور كالرضاع .	١٧٣
التحريم إذا تحول اللبن جبيناً وأكله الصبي - التحريم بالحقنة .	١٧٤
اللبن المشوب - لبن الميته لا يتعلق به التحريم .	١٧٥
إذا حلبت المرأة لبناً ثم مانت وشربه صبي .	١٧٦
إذا وطئ رجلان امرأة فأرضعت من لبن ابنها طفلاً - لحرمة فى لبن غير الآدمية .	١٧٩
الحرمة بلبن من ثاب لها لبن من غير وطء .	١٨٠
تفريعات على لبن الفحل .	١٨١
أحوال من طلق ولها لبن من زوجها وتزوجت آخر .	١٨٢
إن تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة .	١٨٣
إذا تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت بلبنه صغيرة .	١٨٥
إن أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة - حكم الصداق فيمن أفسد نكاح امرأة بالرضاع قبل الدخول .	١٨٦
حكم المهر إذا أفسد النكاح جماعة .	١٨٧
إن تزوج كبيرة وصغيرتين فأرضعت الكبيرة الصغيرتين .	١٨٨
إن كان الأصغر ثلاثاً فأرضعتهم منفردات .	١٨٩
شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع .	١٩٠
تقبل شهادة المرصعة على فعل نفسها .	١٩١
لا تقبل الشهادة على الرضاع إلا مفصرة .	١٩٢

الموضوع	الصفحة
إن ادعى أن زوجته أخته من الرضاع وأنكرته - لا يقبل قول الزوجة في الإقرار بأخوة زوجها لها	١٩٣
كراهة الرضاع من لبن الفاجرة والمشركة .	١٩١
كتساب النفقات	١٩٥
دليل وجود له من الكتاب والسنة - بم تجب نفقة الزوج .	١٩٥
تقدير النفقة بالكفاية .	١٩٦
الخلاف في وجوب الحب .	١٩٧
المعتبر في تقدير النفقة اجتهاد الحاكم أو نائبه .	١٩٨
ما يجب للمرأة من الزينة والكسوة .	١٩٩
وجوب المسكن ودليله - الخادم والخلاف فيه .	٢٠٠
نفقة الخادم على الزوج - تأخذ الزوجة من مال زوجها إذا منعها حقها .	٢٠١
النفقة واجبة صدر كل نهار .	٢٠٢
الكسوة في كل عام مرة - استواء المسلمة والذمية في النفقة والمسكن والكسوة .	٢٠٣
الفراق بمنع النفقة - لا يثبت الإعسار بنفقة يوم بيوم .	٢٠٤
حكم احتساب الدين على الزوجة من نفقتها .	٢٠٦
لا يلزمها التمسك من الاستمتاع للمعسر .	٢٠٧
صححة كتمان النفقة - إن أعسر بنفقة الخادم - نفقة الزوجة على نفسها من مال زوجها الغائب .	٢٠٨
إن أعسر الزوج بالصداق - نفقة الأمة المزوجة .	٢٠٩
إن اختلف الزوجان في النفقة أو قبضها .	٢١٠
النفقة عند الطلاق ودعوة الزوجة للحل .	٢١١
النفقة للأجداد والجندات ودليلها .	٢١٢
شروط الإنفاق على الآباء والأجداد .	١١٣
حكم نفقة ذوى الأرحام الذين لا يرثون .	٢١٥
حكم لزوم الأب تزويج ابنه - إعفاف الأب بالزواج .	٢١٦
وجوب نفقة الصبي على وارثه عند عدم الأب .	٢١٧
نفقة الطفل على أمه وجدته عند عدم الأب .	٢١٨
نفقة الأب على الابن والبنت :	٢١٩
إذا كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل - إذا كان طالب النفقة موسراً أحدهما محجوب	٢٢٠
تقديم نفقة الزوجة إذا لم يفضل عن قوت الملتزم إلا نفقته كصبي .	٢٢١
الواجب في نفقة القريب قدر الكفاية - نفقة المعتق على معتمقه .	٢٢٢
نفقة الأمة المزوجة على زوجها أو سيد الزوج إن كان مملوكاً .	٢٢٣
ليس على زوج الأمة نفقة ولدها منه .	٢٢٤
نفقة الأمة المطلقة طلاقاً رجماً - ماعلى المعتق بصفة من نفقة زوجته :	٢٢٥

الموضوع	الصفحة
ليس على العبد نفقة ولده من الحرية أو الامة - حكم المكاتب في وجوب النفقة لولدها .	٢٢٦
نفقة ابن المكاتب من أمته .	٢٢٧
شروط وجوب النفقة للزوجة	٢٢٨
عدم سقوط النفقة بغيبه الزوج بعد التمكن - نفقة زوجة الصغير	٢٢٩
نفقة الرتقاء والحائض إذا بذلت نفسها	٢٣٠
سقوط نفقة الزوجة إذا سافرت بغير إذن الزوج .	٢٣١
نفقة المطقة ثلاثاً ، والمخالعة ، والبائنة بفسخ .	٢٣٢
نفقة الملاعنة - حاملاً أو غير حامل .	٢٣٣
نفقة المعتدة من وفاة - من يستحق نفقة الحمل .	٢٣٤
نفقة المخالفة إذا أبرأت الزوج من حملها .	٢٣٥
الذشوز - نفقة الناشز - نفقة ولد الناشز .	٢٣٦
عودة نفقة الناشز إذا عادت عن الذشوز - كماله الطفل .	٢٣٧
أحقية الام بالكفالة .	٢٣٨
من يلى الام إذا لم تكن من أهل الحضانة - على من ثبت الحضانة - تخيير الغلام بعد سبع سنين بين أبويه .	٢٣٩
تخير الغلام بين أمه والاقرب من العصبه عند فقد الاب	٢٤٠
شروط تخيير الغلام - الخلاف في تخيير الجارية .	٢٤١
أحقية المقيم بالكفالة .	٢٤٢
سقوط حق الام في الكفالة إذا تزوجت .	٢٤٣
من أحق من الام عند عدمها .	٢٤٥
أحقية المصبات وذوى الارحام .	٢٤٦
الاولى فالاولى عند اجتماع الرجال والذساء .	٢٤٧
حق الام في الكفالة إذا تزوجت ثم طلقت - حق الزوج في منع زوجته من إرضاع ولدها .	٢٤٨
ليس للأب إيجاب الام على إرضاع ولده منها .	٢٥٠
حق ذات الزوج الاجنبى في إرضاع ولدها بأجر مثلها .	٢٥١
نفقة الممايلك .	٢٥٢
معاملة الممايلك في العمل والطعام واللباس .	٢٥٣
وجوب إعفاف العبد على السيد .	٢٥٤
على السيد تمكين العبد من الاستمتاع بزوجه ليلاً .	٢٥٥
نفقة المكاتب - نفقة العبد المرهون - نفقة الآبق .	٢٥٦
نفقة البهائم .	٢٥٧

الموضوع	الصفحة
كتاب الجراح	٢٥٩
الأصل في تحريم القتل من الكتاب والسنة .	٢٥٩
أنواع القتل - قتل العمد .	٢٦٠
القتل بغير محدد بما يزهق الروح .	٢٦١
الضرب بمثل بقتل مثله - الضرب بمثل صغير .	٢٦٢
منع خروج النفس - الإلقاء في مهاكة .	٢٦٣
القتل بالسم .	٢٦٥
القتل بالسحر - التسبب في القتل بما يقتل غالباً .	٢٦٦
وجوب القود في قتل العمد .	٢٦٨
عدم اشتراط كون القتل في دار الإسلام في وجوب القصاص .	٢٦٩
قتل الغيلة - إذا قتله وادعى أنه كان مع امرأته .	٢٧٠
شبه العمد - الخطأ وأقسامه .	٢٧١
إن قصد فعلاً محرماً فقتل آدياً .	٢٧٢
لا يقتل كافر بمسلم بكافر - والخلاف فيه .	٢٧٣
إن قتل كافر كافر ثم أسلم .	٢٧٤
لو قطع يد مسلم فارتد .	٢٧٥
إن قطع مسلم يد نصراني فتمجس - إن قطع يد مسلم فارتد .	٢٧٦
قتل الذي بالمسلم - قتل الذي بالحربي - القصاص في قتل الواني المحصن	٢٧٧
لا يقاد حر بعبد - لا يقتل السيد بالعبد .	٢٧٨
قطع طرف الحر بطرف عبيد .	٢٧٩
جريان القصاص بين العبيد في النفس وفيما دونها .	٢٨٠
قتل العبد القن بالمكاتب .	٢٨١
إذا قتل الكافر العبد عمداً - إذا قتل عبيد مسلم حراً كافرأ .	٢٨٢
جريان القصاص بين الولاة والعالم ورعيهم .	٢٨٣
لا يقتل الطفل وزائل العقل بأحد - القصاص على السكران .	٢٨٤
قتل الوالد بولده والخلاف فيه .	٢٨٥
قتل الولد بالأم .	٢٨٦
لو قتل أحد الأبوين صاحبه - ولها ولد .	٢٨٧
إذا قتل أحد أنوى المكاتب المكاتب .	٢٨٨
قتل الجماعة بالواحد .	٢٨٩
إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل - إذا قطع أحدهم يده .	٢٩١
من السكوع ثم قطعها آخر من المرفق .	٢٩٢
إذا قطعوا يداً قطعت نظيرتها من كل منهم .	٢٩٣

الموضوع	الصفحة
إذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبائع .	٢٩٥
قتل الأنثى بالذكر والذكر بالأنثى - قتل كل من الرجل والمرأة بالخنثى	٢٩٦
قتلاه وأحدهما مخطيء والآخر متعمد .	٢٩٧
القصاص على شريك نفسه وشريك السبع	٢٩٨
دية العبد قيمته وإن بلغت ديات - القود	٢٩٩
إذا ألقى رجلاً من شاهق وتلقاه آخر بالسيف	٣٠٠
إذا قطع يديه ورجليه ثم عنته	٣٠١
إذا جرحه جرحاً لاقتصاص فيه ولا تفوت به الحياة - إن قطع اليمنى ولا يمينى للقاطع	٣٠٣
القصاص في القتل بغير السيف	٣٠٤
إذا زاد مستوفى القصاص من حقه	٣٠٥
استيفاء القصاص لا يجوز إلا بحضور السلطان	٣٠٦
إذا كان القصاص لجماعة من الأولياء	٣٠٨
لو رمى وهو مسلم كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم	٣٠٩
لو رمى حريباً فقتل بمسلم فأصابه .	٣١٠
إذا قطع يد عبد فعتق ثم قطع رجليه	٣١١
إن كان الجزاء أربعة واحد في الرق وثلاثة في الحرية .	٣١٣
إذا قتل لثنتين فاتفق الأولياء على قتله بهما .	٣١٤
إن قطع يمين رجله - قطع يد رجل تم قتل آخر .	٣١٥
جريان القصاص فيما دون النفس من الجروح .	٣١٦
شروط وجوب القصاص في الجروح .	٣١٧
لا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف .	٣١٨
إن أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر .	٣١٩
جريان القصاص في الأطراف ودليله .	٣٢٠
مسائل ثمانية في قطع اليد .	٣٢١
لاقصاص في المأمومة والجائفة - لاقصاص في شجاج الرأس سوى الموضحة .	٣٢٣
الأذن بالأذن	٣٢٤
تؤخذ المستحشفة بالصحيحة - إذا ألصق أذنه فالتصقت .	٣٢٥
الأنف بالأنف - الذكر بالذكر .	٣٢٦
بعض الذكر ببعضه - الأنثيان - شعر المرأة .	٣٢٧
قطع ذكر الخنثى المشكل أو شغريه - القصاص في الأليتين - العين بالعين .	٣٢٨
لا قود إذا قلع الأعور عين صحيح - الخلاف في ذلك .	٣٣٠
إن قلع الأعور عيني صحيح - قلع صحيح العينين عين أعور .	٣٣١
الجفن بالجفن - السن بالسن - القصاص من سن من أنغر .	٣٣٢

الموضوع	الصفحة
القصاص فى بعض السن - قلع السن الزاحدة .	٢٣٤
اللسان باللسان - الشفة بالشفة - لا تؤخذ يمين بيسار ولا العكس .	٢٣٥
سراية القود غير مضمونة .	٢٣٨
سراية الجنابة مضمونة .	٢٣٩
عدم جواز القصاص فى الطرف إلا بعد الاندمال .	٢٤٠
هدر سراية الجنابة إذا اقتص قبل الاندمال .	٢٤١
عدم جواز الاقتصاص من الحامل قبل وضعها .	٢٤٢
وجهان فى إدعاء المرأة الحمل .	٢٤٣
لا قود إذا كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء .	٢٤٤
لا تؤخذ كاملة الأصابع بناقصتها - إن قطع ذويد كاملة ذائد ازئدة الأصابع .	٢٤٥
إن كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة - الشلاء بالشلاء - والناقصة بالناقصة .	٢٤٦
جواز أخذ الناقصة بالكاملة .	٢٤٧
إن قطع أنملة لها طرفان .	٢٤٨
إن قتل وله وليان - بالغ وطفل .	٢٤٩
الحبس عند وجوب تأخير القصاص .	٢٥٠
لا قصاص إذا قتله بعض الأولياء دون إذن الباقين .	٢٥١
جواز العفو عن القصاص - الأصل فيه من الكتاب والسنة .	٢٥٢
إن قتله الشريك الذى لم يعف عالماً يعفو شريكه .	٢٥٤
إن عفا ثم قتله - العفو المطلق - التوكيل فى القصاص .	٢٥٥
سراية الجنابة فيما دون النفس بعد العفو .	٢٥٧
إن قطع يده فعفا ثم عاد الجانى فقتله - سريان الجنابة إلى الكف بعد قطع الأصبع .	٢٥٨
صحّة العفو عن الجنابة وما يحدث منها - اختلاف الجانى والولى .	٢٥٩
اختلاف الرواية فى موجب العمد .	٢٦١
إذا جنى عبد على حر جنابة موجبة للقصاص فاشترأ المجنى عليه - عفو المفلس والمحجور عليه لفسه .	٢٦٢
لصاحب القصاص الصلح عليه بأكثر من الدية .	٢٦٣
إذا أمسك رجلاً وقتله آخر .	٢٦٤
قتل السيد إذا أمر عبده بالقتل والعبء أعجمى لا يعرف تحريم القتل .	٢٦٥
لو أمر السلطان رجلاً بقتل آخر .	٢٦٦
كتاب الديات	٢٦٧
الأصل فى الدية من الكتاب والسنة - الإبل أصل فى الدية .	٢٦٧
مقدارها من الذهب والفضة والبقر والحمل والشاء .	٢٦٨
ليس للولى رد ما أحضره الجانى من الدية .	٢٦٩

الصفحة	الموضوع
٢٧٠	الحلاف في قيمة الإبل إذا وجدت .
٢٧١	مالا يقبل من الإبل - الدية أرباع في حالة العمد .
٢٧٤	الخلفة - الرجوع إلى الخبرة عند الاختلاف في الحل .
٢٧٥	تحمل العاقلة الدية في ثلاث سنين - في كل آخر حول ثلثها .
٢٧٦	الوجهان في الدية الناقصة كدية المرأة والكتاني .
٢٧٧	دية القتل الخطأ على العاقلة أخصاً من الإبل على ثلاث سنين .
٢٧٩	الحلاف في اشتراك القاتل مع العاقلة في الدية
٢٨٠	تغليظ الدية - بالقتل في الحرم - في الأشهر الحرم
٢٨٢	مالا تحمله العاقلة .
٢٨٤	لا تحمل العاقلة الاعتراف - مادون الثالث .
٢٨٥	دية الطرف إذا بلغ الثالث - عقل الجاني الدمى .
٢٨٧	جناية الرجل على نفسه خطأ أو على أطرافه - خطأ الإمام والحاكم .
٢٨٨	إذا جنى العبد فعلى سيده فداؤه أو تسليمه .
٢٩٠	عق العبد الجاني - بيعه وهبته - من هم العاقلة .
٢٩٢	دخول من ليس بعصبة في العقل - مولى الموالاة .
٢٩٣	ترتيب القسمة بين العاقلة .
٢٩٤	من يحمل العقل - مالا تكلفه العاقلة من الاموال
٢٩٦	من . ات من العاقلة - من لا يحمل من العاقلة .
٢٩٧	من لم يكن له عاقلة - بيت المال .
٢٩٨	دية الحر الكتاني .
٤٠٠	جراح الكتاني .
٤٠١	دية المجوسى ونسائهم - عبدة الاوثان . ومن لم تبلغ الدعوة .
٤٠٢	دية الحرة المسلبة - جراح المرأة وجراح الرجل .
٤٠٣	دية العبد والامة قيمتها .
٤٠٤	دية الجنين - الغرة - متى تجب .
٤٠٦	الغرة عبد أو أمة .
٤٠٨	قيمة الغرة - الغرة موروثه عن الجنين .
٤٠٩	إذا ضرب بطن امرأة فألقت عدداً من الاجنة العاقلة ودية الجنين
٤١٠	دية الجنين المملوك .
٤١١	ولد المدبرة والمكاتبه والمعتقة بصفة إذا جمعت من غير مولاه .
٤١٢	لو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنيناً .
٤١٢	إذا ضرب ابن المعتقة الذى أبوه عبد بطن امرأة ثم عتق أبوه .

الموضوع	الصفحة
إذا ادعت امرأة على إنسان أنه ضرب بطنها فأنكر .	٤١٥
إذا انفصل منها جنينان واستهل أحدهما ولم يعلم .	٤١٦
وجوب عتق رقبة مع الغرة .	٤١٧
إذا شربت الحامل دواء فألقت به جنيناً - إذا جنى على بهيمة فألقت جنينها .	٤١٨
إذا سقط رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله .	٤٢٠
إذا تعلق الساقط برجل فوقهما .	٤٢١
إن وقع بعضهم على بعض فأتوا - إن هلكوا بأمر في البئر .	٤٢٢
وجوب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة .	٤٢٣
لا ضمان على حافر البئر في ملكه أو ملك غيره بإذنه .	٤٢٤
حافر البئر في ملك مشترك بغير إذن الشريك .	٤٢٥
الاجير يحفر بئراً في ملك غيره بغير إذنه .	٤٢٦
إذا بنى في ملكه حائطاً ما تلا أو إلى ملك غيره .	٤٢٧
مسائل في تشقق الحوائط .	٤٢٩
إن أخرج ميزاباً إلى الطريق فسقط على إنسان .	٤٣٠
إن تلف الولد يتعلم السباحة على يد معلم - من تلف من مطاردة إنسان يشهر سيفاً .	٤٣١
السلطان يبعث إلى امرأة فتتخاف فتسقط .	٤٣٢
هلاك إنسان يسلب طعامه - من ضرب إنساناً فأحدث .	٤٣٣
إن زاد في القصاص من الجراح .	٤٣٤
كتاب ديات الجراح	٤٣٥
ما فيه دية من الأعضاء - ما فيه بعض الدية .	٤٣٥
العينان إن ذهب البصر بجنابة على الرأس .	٤٣٦
الحكومة في تنص ضوء العين بالجنابة .	٤٣٧
ما يجب في عين الأعور - إن قلع الأعور عين الصحيح .	٤٣٨
قلع الأعور عيني صحيح العين .	٤٣٩
ما يجب في الأشفار الأربعة أو أحدها - الأهداب .	٤٤٠
ما يجب في الأذنين - استحشاف الأذن .	٤٤١
ما يجب في ذهاب السمع - إذا اختلفا في ذهاب السمع .	٤٤٢
ما يجب في قرع الرأس - شعر اللحية - الحاجبان أو أحدهما .	٤٤٣
ما يجب في إتلاف الشم - قطع الأنف .	٤٤٤
قطع المارن مع القصبة .	٤٤٥
إن ضرب أنفه فأشله - قطع الأنف مع ذهاب الشم .	٤٤٦
حدود الشفتين - ما يجب في اللسان .	٤٤٧

الموضوع	الصفحة
ذهاب بعض الكلام .	٤٨٨
قطع بعض اللسان - ذهاب الكلام	٤٤٩
قطع لسان الصغير الذي لا يتكلم .	٤٥٠
عودة الكلام أو الذوق بعد ذهابه - قطع أحد طرفي اللسان - الاسنان وما يجب فيها .	٤٥١
حدود الاسنان - قطع السن المضطربة .	٤٥٤
تشيت السن بعد قاعها - تسويد السن بجناية .	٤٥٥
كلال السن بجناية - ما يجب في اللحيين .	٤٥٦
ما يجب في اليدين .	٤٥٧
سلل اليد بجناية - إن كان له كفان في ذراع .	٤٥٨
ما يجب في الشدين .	٤٥٩
ما يجب في الاليتين - حدود الاليتين .	٤٦٠
ما يجب في الذكر .	٤٦١
ما يجب في الانثيين .	٤٦٢
ما يجب في الرجلين - أصابع اليدين والرجلين .	٤٦٣
ما يجب في الأصبع الزائدة - انطلاق البطن بجناية .	٤٦٤
ما يجب في ذهاب العقل - ذهاب العقل بجناية	٤٦٥
ذهاب السمع والعقل والبصر والكلام بجناية . الصعر .	٤٦٦
ما يجب في لسان الأخرس - قطع الذكر بعد الحشفة .	٤٦٨
ما يجب في إسكتي المرأة - موضحة الحر .	٤٦٩
لا تقدير في موضحة غير الرأس والوجه - والموضحتان في الرأس بينهما حاجز .	٤٧١
ما يجب في الهاشمة - مكان الهاشمة .	٤٧٢
هشم العظم في موضحتين - ما يجب في المنقلة .	٤٧٣
ما يجب في الجائمة - الجائعتان بينهما حاجز .	٤٧٤
إدخال حديدة في اليد أو في الدبر .	٤٧٥
لذهاب البكارة - فتق الزوجة عند الوطء .	٤٧٦
إن أكره امرأة على الزنى فأقصاها .	٤٧٧
إقصاء المرأة بالوطء يشبهه - الضلع والترقوة .	٤٧٨
ما يجب في الزند - عظم الساق .	٤٧٩
الشجاع التي لا توقيت فيها - الحارصة .	٤٨٠
الحكومة .	٤٨٢
تقويم الجرح بعد برئه .	٤٨٣
إن لطمه على وجهه فلم يؤثر - الجنابة على العبد فيما لم يوقت في الحر .	٤٨٤

الصفحة	الموضوع
٤٨٦	إن كان المقتول خنثى مشكلا - جراح الخنثى المشكل
٤٨٧	دية الأعضاء - باب القسامة .
٤٨٨	متى تكون القسامة .
٤٨٩	عدم سماع الدعوى على غير معين .
٤٩٠	إدعى القتل ولم تكدر عداوة ولا لوث .
٤٩١	اللوث المشروط في القسامة .
٤٩٥	عدم ثبوت القسامة ما لم يتفق الاولياء على الدعوى .
٤٩٦	إذا قال الولي بعد القسامة غلطت .
٤٩٧	إذا قال رجل : ما قتله المدعى عليه بل أنا .
٤٩٨	إذا أدعى الاولياء القتل على بينه وبين القاتل لوث .
٤٩٩	استحقاق الاولياء بقود بالحلوه .
٥٠٠	إذا لم يحلف المدعون - لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى
٥٠١	إن امتنع المدعى عليهم من اليمين .
٥٠٢	عدم القسامة على النساء والصبيان .
٥٠٣	إذا حلف المقتول ثلاثة بنين .
٥٠٥	لو حلف بعض الإيمان ثم جن ثم أفاق .
٥٠٦	القسامة في قتل عبد المسكاتب .
٥٠٨	المحجور على نسفة أو فلس في دعوى القتل .
٥٠٩	لا يقسم الاولياء على أكثر من واحد .
٥١٠	إن قال المدعى قتله هذا وآخر لا أعرفه .
٥١١	يجوز الاولياء أن يقسموا على الفاتل إذا غلب على الظن .
٥١٢	كراهة القتل .
٥١٣	الكفارة في قتل العبد والكافر .
٥١٤	لا كفارة في القتل المباح - من قتل نفسه خطأ .
٦١٥	الكفارة في إسقاط الجنين .
٥١٦	الكفارة في شبه العمد .
٥١٧	ما أوجب القصاص لا يقبل فيه إلا عدلان .
٥١٨	متى يثبت القتل بالشهادة .
٥٢٠	مسائل شتى .
٥٢٣	كتاب قتال أهل البغى .
٥٢٣	الأصل في هذا الباب .
٥٢٤	أنواع البغاه .

الموضوع	الصفحة
القتال مع الإمام	٥٢٦
إذا قاتل عبيد ونساء وصبيان .	٥٢٩
حكم ما إذا أظهر قوم رأى الخوارج .	٥٢٠
إن آل ما دفعوا إلى نفوسهم .	٥٣١
حكم ضمان ما أتلغه أهل البغى .	٦٣٢
أحكام المعاملة الحربية مع أهل البغى .	٥٢٣
غنيمة أموالهم وسبي ذريتهم .	٥٢٤
حكم فصل المقتول الباغي والصلاة عليه .	٥٣٥
البغاة الفاسقون وغير الفاسقون .	٥٣٦
حكم ما أخذوا من زكاة أو خراج .	٥٣٧
إن ارتكب الباغي ما يوجب الحد - إستعانة أهل البغى بالكفار .	٥٣٨
إن ارتد قوم فأتلغوا مالا للمسلمين .	٥٣٩

(تم بحمد الله)

